

La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen.

(Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)

M^a Ángeles Rueda Martín

Universidad de Zaragoza

*Abstract**

En este trabajo se estudia la eficacia del consentimiento del menor de edad como sujeto pasivo en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal, cuando se utilizan en su comisión las nuevas tecnologías de información y comunicación. En concreto, se plantea la oportunidad y la necesidad de establecer determinados límites a la validez de dicho consentimiento en función del principio relativo al interés superior del menor por los riesgos contrastados que presenta el ciberespacio.

In dieser Arbeit wird die Wirksamkeit der Einwilligung des Minderjährigen analysiert, wenn er durch die Anwendung von den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien zum Opfer der von den im Artikel 197 des Spanischen Strafgesetzbuchs geregelten Delikte gegen die persönliche Privatsphäre und die Selbstdarstellung wird. Genauer gesagt, im Hinblick auf das Gebot der höherstehenden Interessen des Minderjährigen, und aufgrund der kontrastierten Risiken des Cyberspaces, werden die Angemessenheit und das Bedürfnis diskutiert, der Gültigkeit einer solchen Einwilligung bestimmte Grenzen zu setzen.

The present paper analyses the efficacy of the minor's consent in the field of crimes against privacy and the own image regulated in article 197 of the Spanish Criminal Code, when new information- and communication-technologies are used to commit such crimes. Specifically, the paper considers the opportunity and necessity of establishing certain limits to the validity of the consent on the basis of the principle of superior interest of the minor due to the risks existing in the cyberspace.

Titel: Die strafrechtliche Relevanz der Einwilligung des Minderjährigen im Zusammenhang mit der Verletzung der persönlichen Privatsphäre und der Selbstdarstellung (Besondere Berücksichtigung der Verfügbarkeit der Selbstdarstellung eines Minderjährigen im Cyberspace).

Title: The criminal relevance of the minor's consent in the field of crimes against privacy and the own image (particular consideration of the availability of the minor's own image in the cyberspace)

Palabras clave: consentimiento del menor de edad, adecuación social, bien jurídico intimidad personal y familiar, delitos contra la intimidad y la propia imagen, ciberespacio.

Stichwörter: Einwilligung des Minderjährigen, Sozialadäquanz, Rechtsgut persönliche und familiäre Privatsphäre, Delikte gegen die persönliche Privatsphäre und die Selbstdarstellung, Cyberspace.

Keywords: Minor's consent, social adequacy, personal and familiar privacy as legal good, crimes against privacy

* La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 9 de mayo de 2011), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

and the own image, cyberspace.

Sumario

1. Introducción

2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y el papel que desempeña en su afección el consentimiento de su portador

3. La eficacia del consentimiento del menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico penal

4. La eficacia del consentimiento del menor de edad en relación con la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio

5. Bibliografía

1. Introducción

Si nos detenemos en el funcionamiento del sistema social en la actualidad es innegable la importancia que han adquirido las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), con la utilización de redes y sistemas de tratamiento de la información, como medio de crecimiento económico y desarrollo social¹. Las TIC se han extendido y se han enraizado en nuestras modernas sociedades de tal manera que han conformado unas estructuras y unas relaciones comerciales, administrativas, laborales, formativas, sociales, etc., que trascienden el ámbito estrictamente económico y que son radicalmente nuevas². La generalización de las TIC ha permitido la aparición de nuevos escenarios como, por ejemplo, el comercio electrónico (*e-commerce*), el acercamiento de los bancos a los clientes (*home-banking*), la gestión electrónica de los recursos de las empresas (*e-management*) o la gestión doméstica (*domótica*)³. Las TIC han posibilitado asimismo una nueva forma de relacionarse entre las personas desconocida hasta hace unos pocos años, a través de determinadas redes sociales como, por ejemplo, *Facebook*, *Twitter*, *Tuenti* o *Youtube* que se componen de grupos de personas conectadas entre sí porque tienen intereses comunes, con independencia de que se conozcan personalmente⁴. En todos estos escenarios novedosos se involucran bienes jurídicos tales como, por ejemplo, el patrimonio, la intimidad personal y familiar, los derechos de autor o la capacidad competitiva de la empresa, de manera que los sistemas de información y comunicación permiten también su desarrollo en las

¹ Véanse ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la Información*, 1987, pp. 19 y ss.; EL MISMO, «Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ-LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, pp. 299 y ss.; RUEDA MARTÍN, «Los ataques contra los sistemas informáticos: conductas de hacking. Cuestiones político-criminales», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ-LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, pp. 371, 372 y 373; MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, pp. 25 y ss.

² Véase RIBAGORNA GARNACHO, «Seguridad de las tecnologías de la información», *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, 1996, p. 310. Estas estructuras y relaciones se pueden mantener mediante el ordenador e internet, dispositivos móviles, etc. En cualquier caso en un futuro más o menos inmediato pueden aparecer otros canales que aún no están disponibles hoy en día.

³ Véase SALOM CLOTET «Delito informático y su investigación», en VELASCO NÚÑEZ (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, 2006, pp. 93 y ss.

⁴ Sobre el concepto de red social *on-line* y sus características, véanse SOLER PRESAS, «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret 3/2011*, pp. 3 y ss.; MORENO NAVARRETE, «Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad», en BOIX REIG (dir.)/JAREÑO LEAL (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, pp. 339 y ss.; BAYM, «Social networks 2.0», en AAVV, *The Handbook of Internet Studies*, 2010, p. 384 y ss.; BOYD/ELLISON, «Social networks sites: definition, history, and scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication* (13), núm. 1, 2007, pp. 1 y ss.; VÁZQUEZ CASTRO, «Protección de datos personales, redes sociales y menores», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (29), mayo-agosto 2012, pp. 28-31. Sobre redes sociales, desarrollo de la personalidad en el ciberespacio y nuevos cibercrímenes, véase MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, pp. 122 y ss. Al comienzo de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE de 23 de junio de 2007), se indica que «las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran».

modernas sociedades⁵. Nuestra organización social (la Administración pública, el sistema financiero, el sistema sanitario, las infraestructuras básicas de transporte, las empresas, los particulares, etc.) ha pasado a depender de forma extraordinaria de unos sistemas y redes informáticos, de los que surgen unas amenazas para un amplio conjunto de bienes jurídicos por la realización de determinados comportamientos⁶.

Dentro de las amenazas mencionadas es necesario subrayar la mayor vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad, cuando se ven involucrados como víctimas en determinadas manifestaciones delictivas por la utilización de las TIC. En el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres*, elaborado por el Observatorio de la Seguridad de la Información y publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (Inteco) en marzo de 2009⁷, ya se indicaban algunos riesgos sobre los menores asociados a determinadas conductas como, por ejemplo, el *ciberbullying* (u hostigamiento de un niño hacia otro en forma de insultos, amenazas o extorsiones), el acoso sexual o *grooming* y ciertas amenazas en torno a la intimidad o el derecho a la propia imagen dada la facilidad de crear y recrear datos e imágenes a través del ciberespacio y por la rapidez en su difusión a cualquier parte del mundo⁸. Algunas de estas amenazas ya han sido registradas como delitos autónomos en nuestro Código penal, tal y como ha sucedido con el artículo 183 bis que establece que «*el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*»⁹. La posición de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad en contextos relacionados con las TIC se confirma, asimismo, en el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles* del Inteco de noviembre de 2011, donde se pone de manifiesto que los menores de edad entre quince y dieciséis años sienten preferencia por compartir datos privados como el intercambio de fotografías (71%), vídeos (39%), datos personales como nombre, dirección o edad (35%) o información sobre sus planes de tiempo libre (34,3%). La preferencia a compartir este tipo información personal expone a los menores de edad a un mayor riesgo de sufrir ataques. Finalmente, en el *Estudio estatal sobre la convivencia escolar en la educación secundaria obligatoria* de 2012 se pone de relieve que entre el 1,1% y el 2% del

⁵ Véase, por ejemplo, RUEDA MARTÍN, en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ-LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, pp. 369-374.

⁶ Véase una exposición de estos comportamientos en ROMEO CASABONA, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en AAVV, *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, 2006, pp. 1 y ss., y en MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, pp. 47 y ss., especialmente pp. 84 y ss.

⁷ Disponible en la siguiente dirección web: [<http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios>].

⁸ Véase AGUSTINA, «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting», *RECPC* (12-11), 2010, pp. 6 y 7.

⁹ Este precepto se añadió en el Código penal por la reforma operada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio. Sobre el delito contemplado en el delito indicado, véase HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 425 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

alumnado informa haber sido a menudo o muchas veces víctima de grabaciones u otras formas de acoso con nuevas tecnologías¹⁰, de manera que nos podemos encontrar con casos en los que, por ejemplo, un menor o un adolescente proporciona voluntariamente una fotografía a una persona, que sin saberlo aquél le da de alta en una *web* donde se trata de votar a la persona más fea, a la menos inteligente, etc.¹¹ con el consiguiente atentado contra el honor.

Con carácter general, las manifestaciones delictivas relacionadas con las TIC resultan, por un lado, abundantes porque la identificación de los autores se muestra extraordinariamente difícil lo que conduce a una cierta sensación de impunidad¹². Por otro lado, las aludidas manifestaciones causan una gran alarma social cuando sus víctimas son menores de edad, por las dramáticas consecuencias que pueden conllevar como ha sucedido con el reciente caso de *Amanda Todd*, una adolescente canadiense de quince años de edad que se suicidó en las siguientes circunstancias extraídas de la noticia publicada por el diario digital *El País*¹³ el 19 de octubre de 2012, bajo el título “Humillada en la Red, humillada en la calle”: «Todo empieza con una imagen, un dato íntimo, una clave entregada a un desconocido al otro lado de la línea. Así comenzó el infierno de *Amanda Todd*, la joven canadiense de 15 años que se suicidó hace una semana tras haber colgado un mes antes un vídeo en Internet en el que contaba su tragedia escrita en pequeñas cartulinas. “Nunca podré recuperar esa foto. Está ahí para siempre”. Es una de las frases de *Todd*. Se refería a esa primera foto –captura de un vídeo grabado por webcam– con el torso desnudo que su acosador anónimo utilizó para amedrentarla y de la que no pudo huir pese a los sucesivos cambios de colegio»¹⁴. En este supuesto, la entrega consentida de la imagen de una menor de doce años de edad a un extraño con el torso desnudo a través de internet fue utilizada para amenazar y para humillar públicamente a la víctima, de modo que le produjo durante tres años un gran sufrimiento personal que culminó con su suicidio. En España podemos recordar la noticia comentada por el diario digital *El País*¹⁵ el 22 de septiembre de 2012 bajo el título “*Sextig, sexo inseguro*”, si bien es cierto que la persona afectada es mayor de edad: «El último caso sonado

¹⁰ Este Estudio se encuentra disponible en la siguiente dirección web http://www.educastur.es/media/apoyo/convivencia/2011_estudio_estatal_convivencia.pdf. La información expuesta en el texto principal se halla en la p. 101.

Recientemente la Dirección General de la Policía en una nota de prensa de 9 de marzo de 2013 ha indicado que «solo desde la unidad central de investigación tecnológica en 2012 se han abierto 76 nuevos casos que afectaban a adultos -y que ha supuesto 65 detenciones- y 103 expedientes sobre víctimas menores, que acabó con 262 detenidos. Los casos se multiplican hasta los centenares al incluir las pesquisas en las comisarías locales de toda España: los detenidos por injurias, amenazas y delitos contra la intimidad entre adultos alcanzan los 250. La cifra se dispara hasta superar los 500 al contabilizar este tipo de delitos entre menores, como el *sexting* (compartir fotos sexuales vía Internet o SMS), el *grooming* (chantaje sexual) y otras formas del llamado *cyberbullying*».

¹¹ Véase una descripción de conductas similares, por ejemplo, en MARCO MARCO, «Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, 2010, p. 100 y ss.; PÉREZ MARTÍNEZ/ORTIGOSA BLANCH, «Una aproximación al cyberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, 2010, pp. 15 y ss.

¹² Véase HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 428, especialmente nota 10 con más referencias bibliográficas.

¹³ Véase en la página web [www.elpais.com].

¹⁴ Véanse más casos en el trabajo de AGUSTINA, *RECPC*, 2010, p. 3. Señala este autor también la gravedad de estas conductas con graves consecuencias personales y comunitarias; véase el mismo, ob. cit., pp. 5 y 6.

¹⁵ Véase en la página web [www.elpais.com].

ha sido el de la concejal de Los Yébenes, (...) cuyo vídeo sexual –difundido por un amigo– ha dado la vuelta al mundo y puede verse en páginas web extranjeras. “Esa foto te va a perseguir el resto de tu vida. Seguramente quede en Internet para los siglos”, afirma Pérez San-José. El experto en nuevas tecnologías apunta la dificultad de borrar una imagen de la Red, que puede acabar alojada en un servidor en cualquier país. Eso sin contar las copias en sus dispositivos que pueden guardar millones de usuarios aunque se haya retirado la información inicial»¹⁶.

La relevancia penal de conductas consistentes en enviar una grabación o una fotografía en las que el propio interesado aparece desnudo, semidesnudo o con posturas eróticas con intención de formar parte de algún mensaje de tipo sexual desaparece, con carácter general, en aquellos supuestos en los que concurre el consentimiento de la persona afectada, de modo que ese comportamiento es impune aunque tenga lugar después una difusión no consentida de dichas grabaciones, fotografías, etc.¹⁷. En el Anteproyecto de reforma del Código penal aprobado el pasado mes de octubre de 2012 por el Consejo de Ministros se ha introducido en el artículo 197 un nuevo apartado que establece que: «4 bis. *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*». En la Exposición de Motivos se señala que «se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimidad». Cuando entre en vigor la reforma del Código penal apuntada la difusión no consentida de imágenes propias de estas características se podrá castigar, pero mientras tanto es impune.

La difusión a través de las TIC de un vídeo íntimo o de imágenes comprometidas de una persona con desnudos, posturas eróticas o partes del cuerpo con intención de formar parte de algún mensaje de tipo sexual tiene graves consecuencias si no se ha consentido tal difusión, porque el

¹⁶ Conductas como las descritas en las que un menor se fotografía o se graba por cualquier medio de forma desnuda o semidesnuda y su transmisión a otras personas –sobre todo a menores de edad– mediante las TIC, reciben actualmente el nombre de *Sexting*. Sobre las características de estos comportamientos, véase el estudio de AGUSTINA, *RECPC*, 2010, pp. 4 y ss. Sin embargo, esta denominación parece que se aplica ahora también a los mismos comportamientos realizados por adultos.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el análisis efectuado por VALEJE ÁLVAREZ, «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en AAVV, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1865 y ss.

menoscabo de la intimidad personal tiene mayor permanencia en el tiempo y llega a todo el mundo, por lo que su dañosidad es más intensa¹⁸. Una vez que se ha puesto en circulación un vídeo o una imagen a través del ciberespacio es prácticamente imposible frenar su acceso y difusión. Todo ello, unido a la tendencia de los menores de edad a compartir cualquier tipo de información (frente a la conducta opuesta de los adultos de retener la información), los coloca en una posición más vulnerable que a los adultos¹⁹. Dicha vulnerabilidad se acrecienta también porque el menor de edad *voluntariamente* desvela su intimidad enviando vídeos o imágenes como las indicadas a través de las TIC como forma de relacionarse socialmente, por lo que se suele afirmar que el acceso a la misma por parte de terceros es, en principio, lícito²⁰. Esto es, precisamente, lo que resulta cuestionable. En concreto, la pregunta planteada como objeto de estudio en este trabajo en relación con comportamientos como los indicados, se centra en qué condiciones podemos afirmar que el consentimiento de un menor de edad sobre la disponibilidad del bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal, es eficaz y excluye su lesión penalmente relevante en el marco de las TIC.

La respuesta a esta pregunta debe tener muy presente, por una parte, el fácil y continuo acceso de los menores de edad a las TIC. Hoy en día los menores acceden al ciberespacio a través de ordenadores ubicados en sus domicilios o en el de sus amistades, en el colegio, en los teléfonos móviles, etc. con escasos impedimentos para relacionarse académicamente o socialmente²¹. Por otra parte, tampoco hay que desconocer en la valoración de la concurrencia de la capacidad natural de juicio del menor de edad, que su decisión de proporcionar a un tercero su imagen en el ciberespacio puede facilitar la comisión de otros ilícitos penales que suponga la primera fase de una posterior victimización con graves consecuencias sobre el menor²². Finalmente, el reconocimiento de la capacidad natural de juicio a un menor de edad para considerar relevante su consentimiento sobre la disponibilidad de su intimidad personal y familiar contrasta con la existencia en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen de una agravación

¹⁸ MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, p. 124 apunta también que el catálogo de comportamientos criminales en la Red que pueden afectar a las esferas más personales del individuo aumenta cuantitativamente y, en lo cualitativo, su dañosidad es significativamente superior.

¹⁹ Véanse el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres* – marzo de 2009 – y el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles* – noviembre de 2012 –, elaborados por el Observatorio de la Seguridad de la Información y publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, disponibles en la siguiente dirección web: [<http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios>]. Véase asimismo GARCÍA GONZÁLEZ, «Protección penal de la intimidad: el artículo 197.1º del Código penal», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, 2010, p. 117.

²⁰ MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, p. 126, por ejemplo, en relación con las conductas englobadas bajo el término “Sexting” manifiesta que «su singularidad estriba, en cambio en la dificultad de su consideración como ilícito, dado que en este caso es el propio menor el que se realiza la fotografía a sí mismo y en muchos casos la envía voluntariamente a otro menor».

²¹ HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 445 resalta también la facilidad del menor de edad para acceder a internet.

²² Véanse HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 445; MIRÓ LLINARES, «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *RECPC* 13-07, 2011, pp. 28 y 29; AGUSTINA, *RECPC*, 2010, pp. 6 y 26.

cuando «*la víctima fuere un menor de edad o un incapaz*». Por *menor de edad* hay que entender al menor de dieciocho años, esté o no emancipado, según la legislación civil²³. Con esta exigencia se atiende, según MORALES PRATS, a la condición desvalida y vulnerable de la víctima, en consonancia con las recomendaciones doctrinales efectuadas con respecto a la necesidad de redoblar la tutela de la intimidad de los menores e incapaces, frente a los sofisticados medios de control e instrumentalización del individuo que proporciona la sociedad tecnológica²⁴. En suma, si la intimidad personal de un menor de edad se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad en el ciberespacio y si goza de una protección más reforzada es necesario, en consecuencia, analizar si estas cuestiones pueden repercutir en el establecimiento de límites a la relevancia del consentimiento del menor de edad sobre la disponibilidad de su intimidad personal en un contexto relacionado con las TIC.

Para responder a la pregunta planteada –qué condiciones deben concurrir para que el consentimiento de un menor de edad sobre la disponibilidad del bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal, sea eficaz y excluya su lesión penalmente relevante en el marco de las TIC–, debemos abordar, en primer lugar, el bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y el papel que desempeña en su afección el consentimiento del portador de dicho bien jurídico. Un aspecto concreto que tiene que atenderse es si un menor de edad puede ser portador del bien jurídico protegido en tales delitos. En segundo lugar, nos centraremos en las condiciones en virtud de las cuales se considera eficaz el consentimiento del menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico penal, con carácter general. En tercer lugar, desarrollaremos la cuestión relativa a la eficacia del consentimiento del menor de edad en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal cuando se utilizan las TIC, y la oportunidad de establecer determinados límites a la validez de dicho consentimiento.

²³ Véase ROMEO CASABONA, «Art. 197», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 301, p. 795.

²⁴ Véase MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6^a ed., 2011, p. 1315. Véanse, asimismo, JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 577; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, 2004, p. 353; LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, 1998, pp. 221 y 222; CORCOY BIDASOLO, «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 315. Véase además, con carácter general para todos aquellos delitos que contemplan a un menor de edad como sujeto penalmente protegido GONZÁLEZ RUS, «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, pp. 118, 128, 130 y 131.

2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y el papel que desempeña en su afección el consentimiento de su portador.

Como se acaba de indicar en este epígrafe abordaremos el bien jurídico protegido en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen y el papel que desempeña en su afección el consentimiento del portador de dicho bien jurídico. La protección del derecho –fundamental– a la intimidad y la propia imagen se recoge en el art. 18.1 de la Constitución española, que establece que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»²⁵. Además en el artículo 18.3 de la CE, donde se dispone que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»²⁶, y en el artículo 18.4 de la CE, que establece que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la identidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», se recogen expresamente dos manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar²⁷. Dentro de los derechos primarios esenciales que posee la persona individual como persona física, considerada de forma aislada, destacan los denominados derechos de la personalidad, que son aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades²⁸. Si bien es cierto, como reconoce la doctrina, que la extensión y el contenido de estos derechos de la personalidad son diversos, se suelen reconocer como tales, entre otros, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen que afectan, en general, «a la intimidad de la persona, a lo que se ha dado en llamar su *vida privada*» y en cuya esfera se encuentran «el derecho a la imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (postales,

²⁵ Véase el comentario de este precepto en BAJO FERNÁNDEZ, «Protección del honor y de la intimidad», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, pp. 97 y ss. El artículo 18.1 de la CE garantiza el derecho «a la propia imagen» y constituye una manifestación concreta del derecho a la intimidad (véase BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit. p. 104), que consiste en la facultad de la persona de decidir respecto al empleo de su imagen, como medio de garantizar la capacidad del individuo de controlar, en la medida de lo posible la difusión de un elemento tan personal como la propia efigie, de tal forma que no pueda emplearse ésta, con o sin finalidad de lucro, sin su propio consentimiento. Véase ESPÍN, en LÓPEZ GUERRA/ESPÍN/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, I, 8^a ed., 2010, p. 197. CUERDA RIEZU enfatiza, con razón, la libre configuración de la apariencia física dentro del derecho a la propia imagen; véase CUERDA RIEZU, «El velo islámico y el derecho a la propia imagen», en BOIX REIG (dir.)/JAREÑO LEAL (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, pp. 31, 32, 33, 34 y 35.

²⁶ El derecho fundamental consagrado en el artículo 18. 3 de la CE relativo al secreto de las comunicaciones, se suspenderá en los supuestos de estados de excepción y de sitio con arreglo a lo previsto en los artículos 55. 1 y 116 de la CE. Véanse, asimismo, los artículos 18 y 32. 3 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Véase al respecto ALONSO PÉREZ, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, 2001, pp. 147 y ss.

²⁷ En la STC núm. 34/1996 se afirmó que «entre los derechos fundamentales que la norma constitucional enumera a título enunciativo y nunca como *numerus clausus*, se encuentra el que pone a buen recaudo la intimidad personal y familiar (art. 20. 4 CE), con el que guarda un estrecho parentesco, por ser una de sus manifestaciones fenoménicas, *el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial* (art. 18. 1 y 3 CE)». Véanse, además, HUERTA TOCILDO/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Intimidad e informática», *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002, p. 19.

²⁸ Véanse SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3^a ed., 2001, p. 399 que los define de esta manera acogiendo la formulación de DE CASTRO Y BRAVO; BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 99.

telegráficas y telefónicas) y el derecho al honor»²⁹.

Desde luego, no es una tarea sencilla delimitar lo que se entiende por intimidad³⁰. Por una parte, la característica común de tal concepto que se puede deducir de la Constitución y de las leyes pone de relieve, como señaló BAJO FERNÁNDEZ, la existencia de una esfera íntima que alude a *ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad*³¹. También el Tribunal Constitucional ha reconocido en numerosas ocasiones –SSTC núm. 231/1988; núm. 197/1991; núm. 20/1992; núm. 219/1992; núm. 142/1993; núm. 57/1994; núm. 117/1994; núm. 143/1994; núm. 207/1996; núm. 170/1997; núm. 202/1999; núm. 98/2000; núm. 186/2000; núm. 70/2002; núm. 127/2003; núm. 233/2005; núm. 89/2006; núm. 77/2009 y núm. 12/2012³²–, que el derecho a la intimidad personal implica «*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*». Por otra parte, se ha impuesto paulatinamente un concepto subjetivo o formal del derecho a la intimidad que abarca también el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, tal y como estima la STC núm. 134/1999 –además, las SSTC núm. 115/2000, núm. 83/2002, núm. 185/2002; núm. 89/2006; núm. 236/2007; núm. 60/2010 y núm. 12/2012–: «*el art. 18.1 CE no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o*

²⁹ Véase SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., 2001, p. 399. ESPÍN indica asimismo que los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución, aun con su respectiva especificidad, «*tienen una clara unidad, al versar todos ellos sobre la protección de un ámbito privado reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás (...)* Así, todos estos derechos pueden considerarse destinados a la protección de un bien constitucionalmente relevante que abarca el ámbito protegido de todos ellos, la vida privada. Son, asimismo, derechos vinculados a la propia personalidad, derivados por ello de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 de la CE (STC 231/88, caso *Pantoja-Paquirri*)»; véase ESPÍN, ESPÍN, en LÓPEZ GUERRA/ESPÍN/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, I, 8ª ed., 2010, p. 197.

³⁰ Véase, entre otros, en relación con el Código penal anterior BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 100. En relación con el Código penal de 1995, véase, entre otros, ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 15, p. 686.

³¹ Véase BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 101. Esta definición se encuentra expresamente en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 15 de junio de 2001 (A. 228715). PAREDES CASTAÑÓN, ha señalado, asimismo, que en los delitos contra la intimidad, el Derecho penal interviene en la faceta del derecho al libre desarrollo de la personalidad, «*para garantizar un determinado ámbito de exclusión de terceros, en el que esa libre personalidad del individuo pueda ser elaborada sin intromisiones ajenas (privacy)*»; véase PAREDES CASTAÑÓN, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 410.

Desde un punto de vista constitucional, véanse, por ejemplo, SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., 2001, p. 400: «*la vida privada, la intimidad, aparece como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento reflejada en la máxima inglesa “my home is my castle” que se va configurando como “the right of privacy”*»; ALZAGA VILLAAMIL, *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, II, Derechos Fundamentales y Órganos del Estado*, 4ª ed., 2008, p. 99 también indica que «*la garantía del derecho a la intimidad implica el reconocimiento de un espacio íntimo, de cada persona –no jurídica– al que no tienen derecho a penetrar las demás*».

³² Véanse además, entre otras, las SSTS núm. 1092/1999, de 24 de junio; núm. 782/2007, de 3 de octubre; núm. 1148/2010, de 12 de diciembre.

lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio»³³. Esta concepción de la intimidad planteada por el Tribunal Constitucional con los elementos apuntados abre una importante brecha en una concepción objetiva y tradicional de la intimidad, que se basa en entender que las intromisiones ilegítimas a la intimidad se determinan en función de lo que la sociedad en cada momento entiende como tal, para pasar a otra con un componente subjetivo sin un contenido socialmente preestablecido³⁴ y a la que es consustancial el poder de control sobre la información que afecta a una persona y su familia. Finalmente es necesario señalar, asimismo, el contexto en el que se encuentra involucrada la intimidad con una expansión de las telecomunicaciones con la informática o con el desarrollo de tecnologías en diversos ámbitos, que condicionan la protección de aquélla por nuevas amenazas³⁵. La expansión de las comunicaciones a través de las TIC presenta una gran vulnerabilidad por las dificultades que surgen a la hora de controlar la publicidad de la información relativa a la persona y su familia lo que requiere, por una parte, una detenida reflexión sobre la oportunidad de establecer una protección más amplia y específica de las comunicaciones de forma que se garantice, incluso penalmente, que aquéllas puedan realizarse de forma pacífica³⁶. Por otra parte, la mencionada expansión de las telecomunicaciones obliga a adoptar también unas medidas extraordinarias para garantizar la difusión controlada de los contenidos de las comunicaciones en el marco de las TIC.

La protección del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico se articula a través de diversas normas jurídicas³⁷, pero sobre todo nos interesa la protección penal dispensada a la intimidad y el derecho a la propia imagen en el Capítulo I del Título X el Código penal de 1995³⁸.

³³ El Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo formuló la tesis de la autodeterminación informativa centrada en «la facultad del individuo, derivada de la idea de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida». Se puede observar un paralelismo entre el poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia expuesto por el Tribunal Constitucional español y la aludida autodeterminación informativa del Tribunal Constitucional alemán. No obstante, esta última se planteó por una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra algunos artículos relacionados con la regulación del tratamiento automatizado de determinados datos personales de la Ley del Censo. La autodeterminación informativa se conceptuó como la capacidad de decidir acerca de los datos personales informatizados, distinto, aunque a veces confluyente, con el derecho a la intimidad. Sobre el concepto de la autodeterminación informativa, véase la exposición de NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, 1996, pp. 164, 165, 166, 167, 168, 169 y 170.

³⁴ Véase al respecto las reflexiones de PARDO FALCÓN, en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.)/ PÉREZ MANZANO/BORRAJO INIESTA (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, 2008, p. 422.

³⁵ Véanse sobre estas cuestiones ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 18 y ss., pp. 687 y ss.; HUERTA TOCILDO/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002, pp. 12 y ss.

³⁶ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 15, p. 686.

³⁷ Véanse las exposiciones de estas normas jurídicas realizada por ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 85 y ss., pp. 708 y ss.; SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., 2001, pp. 407 y ss., 414, 415 y ss., 435 y ss., 442 y ss.

³⁸ SERRANO ALBERCA indica que, a su juicio, el derecho a la intimidad tiene un tratamiento penal adecuado en el Código penal de 1995; véase SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., 2001, p. 411.

Según los principios político criminales del Derecho penal, el objeto de protección abarca determinadas manifestaciones de la intimidad en relación con las personas, de manera que el mencionado capítulo I, que tiene como rúbrica *Del descubrimiento y revelación de secretos*, dispensa, por una parte, una protección del secreto de las comunicaciones como un aspecto del derecho a la intimidad y a la vida privada y, por otra parte, una protección al poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia. Como afirma MUÑOZ CONDE, la nota en común de los delitos objeto de nuestro interés es que en ellos se protege la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de personas, es decir, que pueden ser calificados de *secretos*, y también el derecho de la persona a controlar cualquier información o hecho que afecte a su vida privada y, por tanto, a su *intimidad*³⁹.

El bien jurídico protegido por todos los tipos del Capítulo I del Título X del Código penal es, como se reconoce, mayoritariamente, la intimidad⁴⁰ o la intimidad personal⁴¹, o la intimidad personal o familiar⁴², pese a que ya ha habido voces autorizadas que cuestionan que la intimidad sea en todo caso el único bien jurídico protegido⁴³. Sin embargo, las discrepancias comienzan en lo que debe entenderse por intimidad ya que es un concepto difícil de concretar⁴⁴ y con unos perfiles difusos⁴⁵. En mi opinión y teniendo en cuenta las características señaladas con

³⁹ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18^a ed., 2010, p. 269.

⁴⁰ Véanse, a título de ejemplo, MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6^a ed., 2011, pp. 1284 y ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995, Volumen I*, 1996, p. 994; LOS MISMOS, *Derecho penal, Parte Especial*, 3^a ed., 2010, p. 323 y 324; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 6^a ed., 2010, p. 283; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18^a ed., 2010, p. 269; ALONSO DE ESCAMILLA, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 6^a ed., 2011, p. 198; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *La Ley*, 1996, p. 1191; JAREÑO LEAL/DOVAL PAÍS, «Revelación de datos personales, intimidad e informática. Comentario a la STS 234/1998 de 18 de febrero», *La Ley*, 1999, p. 1673; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español, Parte Especial* 2004, pp. 323 y ss.; CARRASCO ANDRINO, *Derecho penal español, Parte Especial (I)*, p. 559; PAREDES CASTAÑÓN, en LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 411; ORTOS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 2001, p. 20; HUERTA TOCILDO/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002, p. 57.

⁴¹ Véanse a título de ejemplo, SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español, Parte Especial*, 2000, p. 272; JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 565; LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial)*, Volumen II, 1998, p. 195.

⁴² Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 16, p. 686 quien añade que debe ser entendida en un sentido amplio; véase, además nota 20.

⁴³ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 4, p. 679.

⁴⁴ Véanse BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 101; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la constitución de 1978*, 1983, pp. 17 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, 1989, pp. 29 y ss.; ROMEO CASABONA, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, p. 164, nota 2; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18^a ed., 2010, p. 270; GONZÁLEZ GUITIÁN, «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en AAVV, *Comentarios la legislación penal*, Tomo VII, 1986, pp. 62 y ss.; JORGE BARREIRO, Alberto, «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», *La Ley*, 1996, p. 1296.

⁴⁵ Véanse ROMEO CASABONA, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, p. 165; PARDO FALCÓN, en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.)/ PÉREZ MANZANO/BORRAJO INIESTA (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, 2008, p. 421.

anterioridad, la definición de intimidad más idónea de las ofrecidas por la doctrina es la de ROMEO CASABONA, para quien por intimidad podemos entender aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos. En consecuencia el derecho a la intimidad supone también el reconocimiento de esa reserva o de ese control sobre terceros, debiendo resaltar que se incluye no sólo el conocimiento, sino también el desenvolvimiento en sí mismo. A juicio de este autor, la intimidad así entendida encuentra tres cauces principales de protección penal. En primer lugar, la protección de la intimidad como reducto de la manifestación de la personalidad en la vida privada. En segundo lugar, la protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida; y, en tercer lugar, la protección de la intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación⁴⁶. En mi opinión, la mencionada protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida comprende no sólo el control sobre la salida de la información personal o familiar, sino también el devenir de la misma especialmente en determinados contextos en los que se puede encontrar involucrada la intimidad, como sucede con la expansión de las telecomunicaciones a través de la informática o con el desarrollo de tecnologías en diversos ámbitos, que presentan riesgos que condicionan la protección de aquella por nuevas amenazas⁴⁷. En estos contextos se puede afirmar que una persona ostenta el derecho a controlar *a posteriori* la información personal y familiar que ha confiado únicamente a terceras personas.

En relación con los datos señalados en el tercer cauce de protección, ROMEO CASABONA ha deducido un bien jurídico autónomo de la intimidad, de modo que los datos de carácter personal constituyen otro de los bienes jurídicos protegidos en los delitos objeto de nuestro interés, en especial, en el tipificado en el art. 197, n.º. 2 del Código penal. La explicación que ofrece este autor resalta que la intimidad no es suficiente para proteger otras manifestaciones vinculadas con las nuevas tecnologías y el tratamiento de datos personales a través de ellas⁴⁸. Ahora bien, debe precisarse al respecto que la intimidad sí es suficiente para proteger las manifestaciones vinculadas con las nuevas tecnologías y el tratamiento de datos personales a través de ellas, puesto que su contenido comprende también el control sobre la publicidad de la información personal o familiar que se contiene en los mencionados datos. Dicho control se tiene que ejercer sobre la salida de la información personal o familiar y sobre el devenir de la misma especialmente en determinados contextos en los que se puede encontrar involucrada la intimidad, como se ha comentado anteriormente. La opinión dominante sostiene que el bien jurídico protegido en el

⁴⁶ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 35 y ss., pp. 692 y ss.; EL MISMO, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, pp. 164 y ss.

⁴⁷ Véase *supra*.

⁴⁸ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 43 y ss., pp. 694; EL MISMO, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, p. 170. Le sigue también NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, 1996, pp. 164, 165, 166, 167, 168, 169 y 170.

mencionado precepto es la libertad informática⁴⁹. A mi juicio, el bien jurídico protegido en todas las conductas tipificadas en los artículos 197 y 198 comprendidos en el Capítulo I del Título X del Código penal, es la intimidad personal y familiar, en el que debemos destacar las dos facetas indicadas antes: por un lado, entendida como el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad y, por otro lado, entendida como un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia⁵⁰. Por esta razón me parece correcta la denominación del bien jurídico protegido en el art. 197, n.º 2 del Código penal como *libertad informática*, siempre y cuando se aluda con esta expresión al control de datos personales por parte del interesado.

Por otra parte, desde mi punto de vista la imagen tampoco se erige en un bien jurídico independiente y autónomo sino que se encuentra integrada en el bien jurídico intimidad personal y familiar⁵¹. En la rúbrica del Título X del Código penal hay una referencia expresa a los delitos contra la propia imagen, que se concreta en la figura delictiva tipificada en la modalidad del artículo 197, n.º 1 que se refiere a la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación⁵². No constituye una novedad como tal porque ya se introdujo en el anterior Código penal a través de la LO 18/1994, de 23 de diciembre que reformó el artículo 497 bis, que supuso una ampliación del ámbito de la conducta delictiva al abarcar la captación de imágenes, tipificando expresamente la publicación de la información por quien, teniendo conocimiento de su origen ilícito, no había tomado parte en su descubrimiento y aumentando sensiblemente las penas. El derecho a la propia imagen se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la intimidad, puesto que ambos versan sobre la protección de un ámbito privado reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás, a reserva de la voluntad de cada individuo de compartir dicho ámbito⁵³. Así se ha pronunciado expresamente nuestro TC en su Sentencia núm. 117/1994 cuando

⁴⁹ Véase LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, 1998, p. 215; JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 572; SEGRELLES DE ARENAZA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español, Parte Especial*, 2000, p. 281, aunque matiza que no se puede limitar el *habeas data* a la informática, ni a los ficheros informatizados, sino que debe abarcar cualquier clase de ficheros.

⁵⁰ De forma similar HUERTA TOCILDO/ANDRÉS DOMÍNGUEZ, *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002, pp. 14 y ss.

⁵¹ Véanse, por ejemplo, VALEIJE ÁLVAREZ, en AAVV, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, p. 1883; JAREÑO LEAL, «El derecho a la imagen como bien penal», en AAVV, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, 2009, pp. 1053 y ss.

En el Anteproyecto de reforma del Código penal aprobado el pasado mes de octubre de 2012 por el Consejo de Ministros se ha introducido en el artículo 197 un nuevo apartado que establece que: «4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona». El bien jurídico protegido en el indicado delito es también la intimidad personal y familiar en el sentido en el que se ha definido, y no la propia imagen.

⁵² Estiman, sin embargo, que no existe protección de la propia imagen LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, 1997, p. 2316.

⁵³ Véase ESPÍN, ESPÍN, en LÓPEZ GUERRA/ESPÍN/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, I, 8ª ed., 2010, p. 197.

afirma que «el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz»⁵⁴. En concreto el derecho a la propia imagen consiste en la facultad de la persona de decidir respecto al empleo de su imagen, como medio de garantizar la capacidad del individuo de controlar en la medida de lo posible, la difusión de un elemento tan personal como la propia efigie, de tal forma que no pueda emplearse ésta, con o sin finalidad de lucro, sin su propio consentimiento⁵⁵.

Es necesario distinguir la intimidad de la denominada privacidad aunque hay que constatar que la jurisprudencia como, por ejemplo, en las SSTS núm. 1641/2000, de 23 de octubre; núm. 1391/2000, de 14 de septiembre; núm. 694/2003, de 20 de junio; núm. 249/2008, de 20 de mayo y núm. 372/2010, de 29 de abril, se refiere indistintamente tanto a la esfera de la privacidad como de la intimidad. Este concepto se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales, en cuya Exposición de Motivos se establece que «la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global (que la intimidad), de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado». La privacidad así entendida, como ya señaló ROMEO CASABONA, es tan sólo una de las facetas que pueden ser vulneradas por la utilización abusiva de datos personales, sobre todo, informatizados⁵⁶.

Asimismo, es necesario aclarar también la relación entre la esfera de la intimidad y del secreto puesto que, como ya se indica en la rúbrica del Capítulo I del Título X, el denominador común de todas las modalidades delictivas consiste en el descubrimiento o revelación de secretos y en algunas conductas tipificadas en el artículo 197 del Código penal se exige un elemento subjetivo de lo injusto consistente en “descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”⁵⁷. El concepto

⁵⁴ Véase asimismo la STC núm. 12/2012.

⁵⁵ Véase la definición constitucional del derecho a la propia imagen efectuada por véase ESPÍN, ESPÍN, en LÓPEZ GUERRA/ESPÍN/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, I, 8^a ed., 2010, p. 197. Desde mi punto de vista, sin embargo, la libre configuración de la apariencia física dentro del derecho a la propia imagen no se vincula con el derecho a la intimidad, por lo que un atentado penalmente relevante contra la libre configuración de la apariencia física se englobaría dentro del delito de coacciones del artículo 172.1, primer párrafo del Código penal.

⁵⁶ Véase ROMEO CASABONA, en Díez RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 34, p. 691; EL MISMO, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, p. 165. Distingue también los conceptos intimidad y privacidad CARMONA SALGADO, «La intimidad como bien jurídico protegido», en AAVV, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVII, 1996, p. 273.

⁵⁷ Sobre dicho elemento subjetivo de lo injusto, véase la obra de RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, 2004, pp. 49 y ss.

de secreto se encuentra vinculado, sin duda, a la órbita del bien jurídico intimidad⁵⁸, puesto que se trata de aquellos hechos o datos cuyo conocimiento se guarda entre un reducido número de personas con cuidado de que no trascienda a las demás⁵⁹. Por lo tanto el secreto no constituye ningún bien jurídico ni en el artículo 18 de la CE ni en ninguna otra norma jurídica⁶⁰. Sin embargo, en nuestra jurisprudencia se tiende a distinguir, por un lado, la intimidad y, por otro, el secreto⁶¹.

Para la protección penal de la intimidad, el Código penal organiza un sistema de tipos delictivos en el que destaca el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos contenido en el artículo 197, n.º. 1 del Código penal, constituido por la realización de tres conductas dolosas de, en primer lugar, apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales; en segundo lugar, de interceptación de telecomunicaciones o, en tercer lugar, de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con el fin de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento. En la acción de apoderamiento se incluye tanto el apoderamiento físico de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, como su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se hace con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior. El objeto material del delito sobre el que recae la acción delictiva contemplada en el art. 197.1 del Código penal se caracteriza por su adecuación a las novedades técnicas en este sector y, sobre todo por su amplitud que ha merecido una crítica positiva, puesto que el bien jurídico protegido puede proyectarse en multitud de objetos reales: *papeles* en sentido amplio y sin que se requiera que tengan un carácter documental, pudiendo

⁵⁸ Vinculan asimismo el concepto de secreto a la órbita del bien jurídico intimidad, entre otros, MORALES PRATS *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª ed., 2011, p. 1292; LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, 1998, p. 198; CASTIÑEIRA PALOU, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., 2011, pp. 142 y 143; NIETO MARTÍN, en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (dirs.)/ NIETO MARTÍN/PÉREZ CEPEDA (coords.), *Comentarios al Código penal*, 2007, p. 472. Véanse, además, las SSTs núm. 1391/2000, de 14 de septiembre; núm. 1641/2000, de 23 de octubre—si bien es cierto que esta sentencia distingue como bien jurídico protegido en el delito tipificado en el n.º. 1 del art. 197, la intimidad y el secreto—, y núm. 694/2003, de 20 de junio.

⁵⁹ Véanse en este sentido a mero título de ejemplo ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 112, p. 717; ANARTE BORRALLA/DOVAL PAÍS, en BOIX REIG (dir.), *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I*, 2010, pp. 443 y ss.; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, «La impunidad en la violación de las telecomunicaciones. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011, de 10 de junio (RJ 2011, 4671)», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 28, Mayo-agosto 2012, pp. 250 y 251. La SAP de Burgos de 10 de diciembre de 2002 (A. 33300) o la STS núm. 1641/2000, de 23 de octubre estiman que «el secreto supone el conocimiento de ciertos datos relativos a un objeto concreto, por un número limitado de personas y que, por diversas razones, no es conveniente que se amplíe el círculo de quienes poseen tales conocimientos».

Sobre las TIC y las barreras para excluir el conocimiento generalizado del contenido de la comunicación, restringiéndose ésta a los sujetos seleccionados de una manera más o menos severa, véase el trabajo de LLORIA GARCÍA, «El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet», en BOIX REIG (dir.)/JAREÑO LEAL (coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, pp. 173 y ss.

⁶⁰ Véanse BAJO FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 103; MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª ed., 2011, p. 1292.

⁶¹ Véase, por ejemplo, la STS núm. 1641/2000, de 23 de octubre en la que se distingue como bien jurídico protegido en el delito tipificado en el n.º. 1 del art. 197, la intimidad y el secreto.

incluirse lo gráfico como, por ejemplo, una fotografía; *cartas*, comunicaciones escritas de, por ejemplo, ideas, sentimientos, propósitos y noticias dirigidas a un destinatario concreto, determinado y existente; *mensajes de correo electrónico* que pueden comprender telecopias, facsímiles faxes, o mensajes enviados por redes informáticas; y *cualesquiera otros documentos o efectos personales* que constituye una cláusula general en la que se pueden incluir objetos tales como grabaciones de audio o de imágenes efectuadas con una *webcam*⁶².

Las acciones típicas analizadas anteriormente deben llevarse a cabo sin el consentimiento del portador del bien jurídico protegido –la intimidad personal y familiar–. En los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos existe una controversia doctrinal en torno a si el consentimiento del portador del bien jurídico opera como una causa de exclusión del tipo; o si, por el contrario, excluye la antijuridicidad⁶³. Desde mi punto de vista, el consentimiento en estos delitos constituye una causa de atipicidad por dos motivos. En primer lugar, porque en tales delitos se protege la intimidad personal y familiar junto a la libertad de disposición de la misma⁶⁴, de modo que si concurre el consentimiento del portador del bien jurídico, por un lado, ya no cabe hablar de una reserva frente a la acción y el conocimiento de un tercero concreto y, por otro lado, se pone de relieve un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y la familia por parte de dicho portador⁶⁵. En segundo lugar, para aceptar el consentimiento como causa de exclusión del tipo en los delitos contra la intimidad y la propia imagen debemos analizar la función que el bien jurídico intimidad personal y familiar desempeña en el sistema social. La intimidad personal y familiar entendida, por una parte, como el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad y, por otra parte, entendida como un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, cumple una importante función social dada su directa vinculación con la persona en sus relaciones sociales –familiares, amistosas, laborales, etc.– específicas con otras personas⁶⁶. En dichas relaciones sociales, este bien jurídico se encuentra involucrado *de un modo consustancial* en unas actividades sociales valoradas positivamente por la utilidad general que reporta al posibilitar el desarrollo y fomento de la personalidad de los seres humanos que conviven en sociedad. Para que el bien jurídico intimidad personal y familiar cumpla la mencionada función social es necesario que concurra el consentimiento de su portador, de lo contrario dicho bien jurídico no puede cumplir su función. La valoración positiva de esta clase de actividades sociales resulta de una ponderación entre, por un lado, el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad –posibilitar el desarrollo

⁶² Véase RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, 2004, pp. 40 y ss.

⁶³ Estiman que el consentimiento en estos delitos es una causa de justificación LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, 1998, pp. 204 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18^a ed., 2010, pp. 275 y 276; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 6^a ed., p. 297.

⁶⁴ Véase, con carácter general, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., 1998, p. 327.

⁶⁵ Véase también TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, «Artículo 197», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1^a ed., 2010, p. 798.

⁶⁶ Véase las notas relativas a bienes jurídicos individuales destacadas por BUSTOS RAMÍREZ, «Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico», en AAVV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, pp. 213 y 214.

y fomento de la personalidad de los seres humanos que conviven en sociedad —, y el desvalor de los riesgos de la misma vinculados a la necesidad de su realización en el caso concreto —la vulnerabilidad en la que se puede encontrar una persona cuando transmite a o comparte con un tercero información o efectos personales o íntimos—, de modo que si el portador del bien jurídico intimidad personal y familiar consiente en que éste cumpla la aludida función social valorada positivamente con carácter general, la acción en la que se materializa la disposición de dicho bien jurídico constituye una expresión de la libertad de acción social que subyace a todas las conductas socialmente adecuadas⁶⁷.

En efecto, cuando se desarrollan determinadas actividades sociales —familiares, amistosas, laborales, etc.— en ocasiones es absolutamente necesario afectar el bien jurídico intimidad personal y familiar al transmitir a o al compartir con otra persona una información o cualquier efecto personal o íntimo. La valoración positiva de la afección del bien jurídico recae en la utilidad social que con carácter general produce este tipo de actividades, y que se centra en las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad de los individuos que se desenvuelven en la sociedad en contextos laborales, de amistad, familiares, etc., de modo que el individuo ostenta un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia. Dicho control se tiene que ejercer sobre la salida de la información personal o familiar y sobre el devenir de la misma especialmente en determinados contextos en los que se puede encontrar involucrada la intimidad. Por este motivo, estamos ante acciones socialmente adecuadas y la afección consustancial del bien jurídico no supone ningún menoscabo penalmente relevante⁶⁸. Desde luego quien transmite o comparte dicha información o efecto personal o íntimo en el contexto de estas actividades sociales en el ámbito familiar, laboral, de amistad, etc., es el primer interesado en alcanzar el adecuado desarrollo y fomento de su personalidad, por lo que se requiere que ponga a disposición de las indicadas actividades el bien jurídico aludido y que acepte voluntariamente su afección consustancial al logro de dicha utilidad social general, de manera

⁶⁷ Véase también, con carácter general, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., 2006, 13/12, p. 545, aunque este autor no menciona a la adecuación social en el sentido apuntado en el texto. En opinión de ROXIN los efectos del consentimiento como causa de exclusión del tipo resultan no sólo del derecho consuetudinario o de la adecuación social, sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada en el artículo 2 de la Constitución alemana; véase el mismo, ob. cit., 13/14, p. 546.

⁶⁸ LUZÓN PEÑA considera que «dentro de los consentimientos jurídicamente válidos, aquellos que suponen ya una *causa de atipicidad por faltar de entrada toda relevancia jurídica* y por ello cualquier indicio de injusto típico, unas veces se fundamentan en la ausencia de lesión del bien jurídico por estarse ejercitando facultades del correspondiente derecho, p. ej. la propiedad; otras veces es la adecuación social (y jurídica) de la lesión consentida del bien jurídico lo que fundamenta la permisibilidad obvia y por ello la atipicidad de entrada de una conducta, como la intromisión en domicilio ajeno o en documentos privados, que con consentimiento válido de quien soporta la intromisión no es sólo que pese más la decisión de éste, sino que además se considera social y jurídicamente normal, cotidiana, intachable»; véase LUZÓN PEÑA, «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *Revista General de Derecho penal*, Iustel, núm. 18, 2012, p. 16. En mi opinión, la afección consentida del bien jurídico intimidad personal y familiar en el desempeño de una función social valorada positivamente con carácter general, como se ha indicado en el texto, no se puede conceptualizar como una lesión del bien jurídico por su carácter socialmente adecuado. CASTIÑEIRA PALOU, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 3^a ed., 2011, p. 146 indica correctamente que en estos delitos contra la intimidad «la presencia del consentimiento hace desaparecer cualquier lesión del bien jurídico protegido», razón por la cual el consentimiento excluye el tipo.

que la presencia del consentimiento sobre la disponibilidad de la mencionada información supone el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia. Sin embargo, si no concurre el consentimiento del interesado el comportamiento deja de ser socialmente adecuado, porque el bien jurídico intimidad personal y familiar no puede cumplir la aludida función social valorada positivamente. En estas actividades sociales –familiares, amistosas, laborales, etc.– en las que se involucra necesariamente el bien jurídico intimidad personal y familiar, el carácter socialmente adecuado de las mismas se decide por las razones extrasistemáticas expuestas, basadas en la ponderación entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad y el desvalor de los riesgos de la misma, y la presencia del consentimiento del portador del bien jurídico se requiere para que el mencionado bien jurídico cumpla con su función social⁶⁹. Por los motivos expuestos la presencia del consentimiento permite excluir la tipicidad del comportamiento.

Llegados a este punto se plantea la pregunta siguiente: ¿el menor de edad puede ser portador del bien jurídico intimidad personal y familiar? La respuesta debe ser afirmativa si el menor ha alcanzado una capacidad que le permita, al menos, la autoconciencia de ser titular de dicho bien jurídico, así como de las posibilidades de desarrollo personal que el bien jurídico le ofrece, lo que le faculta para su adecuado ejercicio, y, en esa medida, para percibir y desvalorar las consecuencias de la lesión o el peligro para el mismo⁷⁰. Naturalmente, todo ello queda

⁶⁹ Conviene subrayar que el consentimiento por sí mismo no define el carácter socialmente adecuado de un comportamiento. Por ejemplo, para valorar como socialmente adecuada la acción del conductor que impide a una persona que se baje del autobús en una parada no reglamentaria, una explicación satisfactoria sólo puede plantearse desde el punto de vista del bien jurídico implicado, es decir, la libertad ambulatoria por lo que será necesario partir de la perspectiva de la víctima o del usuario del medio de transporte. Efectivamente, habría en sentido *naturalístico* una restricción a la libertad ambulatoria, pero se trata de actuaciones que la comunidad social no desapruueba sino que por el contrario fomenta, ya que si se permitiera a cada usuario de autobuses, trenes o aviones descender donde quisiera se entorpecería la actividad social del transporte público. El usuario es el primer interesado en alcanzar el adecuado desarrollo de esta actividad, por lo que pone a disposición de la actividad su libertad ambulatoria y acepta esta restricción. La aceptación de esta restricción viene determinada por unas razones normativas que implican una valoración positiva de la misma, de modo que el que expone este bien jurídico propio (libertad ambulatoria) asume por imposición motivada por el interés general, las cargas que se derivan de la participación en esa actividad. El usuario deberá ajustarse a la reglamentación establecida para la utilización de los medios de transporte y entra en juego el consentimiento. Pero hay que tener en cuenta que el consentimiento por sí sólo no decide la adecuación social de una conducta porque esta valoración fundamentada en las mencionadas razones normativas permanece aun cuando no consienta el sujeto. En estos casos se pone de manifiesto, como señala JAKOBS, que existen bienes jurídicos de los que se puede disponer libremente, entre ellos la libertad ambulatoria, pero sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente, esto es, se trata de bienes intercambiables aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido general. Véase JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., 1991, p. 243, [trad. p. 294]. Por las razones expuestas no puede considerarse que en este supuesto exista un desvalor penal del resultado ya que la restricción de la libertad ambulatoria sufrida por el usuario del transporte público colectivo, no constituye el resultado típico del delito de detenciones ilegales. Véase RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, 2001, pp. 251 y ss.

⁷⁰ Véase con carácter general el criterio expuesto por GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, p. 119.

CORCOY BIDASOLO apunta que la intimidad del menor se protege, lo que se deduce indubitadamente de la redacción del artículo 201.1 Código penal que establece que para proceder de los delitos contra la intimidad y la propia imagen, se precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Si aquélla es menor de

condicionado también por el medio en el que la intimidad personal y familiar tenga que cumplir su función social. Sobre esta cuestión profundizaremos más adelante⁷¹.

3. La eficacia del consentimiento del menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico penal

Con carácter general, para que sea eficaz el consentimiento como causa de exclusión del tipo se exigen unos requisitos que no coinciden con los que establece el Código civil en los artículos 1262 y siguientes⁷². Ahora bien, esto no significa que el esquema propio del consentimiento imperante en el Derecho privado deba desatenderse completamente, puesto que puede ser de gran utilidad, partiendo de las diferencias sustanciales que separan a esta institución jurídica en el sentido que tiene en el plano contractual de la que posee en el marco del Derecho penal⁷³. El consentimiento como causa de atipicidad en Derecho penal tiene que prestarse consciente y libremente, es decir, no puede haberse obtenido mediante el empleo del engaño, la violencia, la intimidación o las amenazas. Además el consentimiento ha de prestarse con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción⁷⁴. Por otra parte, en Derecho penal se considera que un sujeto tiene capacidad de consentir si se encuentra en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido. A dicha capacidad de consentir se la denomina “capacidad natural de juicio”⁷⁵. Para definir el contenido de esta capacidad natural de juicio se utilizan diversas expresiones como, por ejemplo, que el sujeto tenga la capacidad necesaria para «comprender la situación en la que consiente»⁷⁶, que el sujeto tenga «capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento»⁷⁷, que el titular del bien jurídico posea «una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho»⁷⁸ o, por último, que el interesado posea el discernimiento y la serenidad

edad también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Véase CORCOY BIDASOLO, en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 314.

⁷¹ Véase el apartado 4. La eficacia del consentimiento del menor de edad en relación con la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio.

⁷² Véase, con carácter general, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., 1998, p. 328.

⁷³ Véase expresamente JORGE BARREIRO, Agustín, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982, p. 22. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 9^a ed., L 19/31, p. 524 y JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5^a ed., p. 409 indican que como una institución propia del Derecho penal, sólo importa si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido.

⁷⁴ Véase, con carácter general, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., 1998, pp. 328 y 329.

⁷⁵ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Artículos 155-156, marginal 32, p. 570; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., 1998, p. 329.

⁷⁶ Véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal, Parte General*, p. 207.

⁷⁷ Véase MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 9^a ed., L 19/32, pp. 524 y 525. También JORGE BARREIRO, Agustín, *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982, p. 23.

⁷⁸ Véase JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5^a ed., 2002, p. 410.

necesarios para reconocer el alcance de su decisión y para ponderar de forma sensata los pros y los contras de la misma⁷⁹. En definitiva, si una persona adopta una decisión sobre la disponibilidad de un bien jurídico del que es portador con capacidad natural de juicio, el consentimiento constituye «una expresión de la libertad de decisión de la persona»⁸⁰, y es eficaz como causa de exclusión del tipo en aquellos delitos en los que se protege el bien jurídico junto a la libertad de disposición del mismo.

En nuestro Código penal no existe ninguna disposición que resuelva, con carácter general, la pregunta relativa a cuándo concurre la capacidad natural de juicio en un menor de edad para que su consentimiento sea eficaz y excluya la lesión jurídico penalmente relevante del bien jurídico protegido. Únicamente hay dos previsiones: por un lado, en los artículos 155 y 156 del Código penal se establece que en el ámbito de los delitos de lesiones no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad. En cambio, sí será válido el consentimiento prestado por un mayor de edad con los requisitos exigidos en sendos preceptos para atenuar la pena en tales delitos. Por otro lado, también se establece en el artículo 183.2 del mismo texto legal que «*el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años*». Como afirma la doctrina, el consentimiento prestado por un menor de trece años para mantener relaciones sexuales de cualquier tipo no es eficaz⁸¹, si bien existen algunas dudas sobre ciertos comportamientos sexuales entre menores de edad que impiden considerar totalmente cerrado el debate sobre la incapacidad para consentir válidamente de los menores de trece años⁸². Al margen de las dos previsiones citadas y en relación con aquellos delitos en los que se protege un bien jurídico junto a la libertad de disposición del mismo, la cuestión que se plantea reside en cómo se determina la capacidad natural de juicio del menor para que su consentimiento sea relevante y eficaz para excluir la tipicidad. Un sector doctrinal absolutamente mayoritario estima que la pregunta relativa a cuándo existe una concreta capacidad de discernimiento y de comprensión es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad⁸³. Por ello, para determinar la capacidad natural de juicio del menor es necesario observar los siguientes aspectos, que aluden al plano concreto de los hechos teniendo presente el interés del menor en relación con la actuación consentida.

⁷⁹ Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., 2006, 13/6, p. 542.

⁸⁰ Véase ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa*, 1981, p. 316 quien recoge la opinión de WESSELS. También JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 5^a ed., 2002, p. 409.

⁸¹ Véanse, a título de ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 6^a ed., 2010, p. 237; TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal Español*, 6^a ed., 2011, p. 1182; GÓMEZ TOMILLO, «Artículo 197», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1^a ed., 2010, p. 728; LAMARCA PÉREZ, *Derecho penal, Parte Especial*, 6^a ed., 2011, p. 175; BOIX REIG, *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I*, 2010, p. 353; GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, pp. 121 y ss.

⁸² Véase RAMÓN RIBAS, «Mayoría y minoría de edad sexual en el Código penal», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 28, Mayo-agosto 2012, p. 217.

⁸³ Véase en este sentido, por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., 2006, 13/85, p. 574.

- 1) En primer lugar, como la capacidad para consentir está vinculada directamente con la titularidad del bien jurídico de que se trate⁸⁴, es imprescindible atender a la naturaleza del bien jurídico sobre el que el menor de edad está ejerciendo la disposición y a las consecuencias que en un futuro dicha disposición conlleve para éste⁸⁵.
- 2) En segundo lugar, las exigencias para estimar que la capacidad de discernimiento concurre en un menor de edad serán mayores cuanto más graves sean las consecuencias de la actuación consentida⁸⁶.
- 3) En tercer lugar, como la capacidad de discernimiento necesaria depende del grado individual de madurez⁸⁷ debe examinarse en cada caso particular si el menor de edad tiene la madurez suficiente como para comprender el significado y trascendencia de su decisión⁸⁸. Como indica RIVERO HERNÁNDEZ, con carácter general, para determinar la madurez, el juicio o el discernimiento del menor de edad, hay que evaluar la aptitud psíquica (intelectiva y volitiva) para comprender el alcance y consecuencia de sus actos, con el autocontrol de su voluntad suficiente para asumir o desistir de la decisión correspondiente en cada caso concreto, según su apreciación de las consecuencias⁸⁹. Ello implica definir las concretas condiciones de madurez del menor lo que constituye una tarea difícil⁹⁰. En cualquier caso, para constatar el desarrollo psíquico del menor habrá que valorar el normal desarrollo físico, psíquico y moral de la persona y de su propia madurez de juicio, en cuyo concepto confluyen variadas componentes psíquicas (intelectivas, volitivas, juicio crítico y axiológico, etc.)⁹¹. Asimismo, deberá comprobarse si existe una mínima racionalidad de la opinión u opción elegida por el menor, es decir, que el deseo por él expresado sea congruente con sus propios fines, que las metas marcadas por el menor sean razonablemente alcanzables y realizables en el marco de la realidad vital y social en que se

⁸⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho penal*, 1999, p. 15.

⁸⁵ Véase CORCOY BIDASOLO, en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 299, quien se refiere expresamente a la naturaleza de los derechos sobre los que el menor de edad está ejerciendo la disposición.

⁸⁶ Véanse LECKNER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/et. al., 28ª ed., 2010, previo al parágrafo 32, marginal núm. 40. Se une a esta opinión DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, 1995, p. 114.

⁸⁷ Véanse LECKNER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/et. al., 28ª ed., 2010, previo al parágrafo 32, marginal núm. 40. Se une a esta opinión DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, p. 114.

⁸⁸ Con carácter general, véase GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, pp. 134 y 135. Véase asimismo PUENTE ALBA, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore*, núm. 21, 2007, p. 175 quien específicamente se refiere a la madurez suficiente como para comprender el significado y trascendencia de la grabación de determinadas imágenes.

⁸⁹ Véase RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª ed., 2007, p. 181.

⁹⁰ Desde el punto de vista del Derecho civil, véase RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª ed., 2007, p. 145. MORILLAS FERNÁNDEZ, «Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad», en GARCÍA GARNICA (dir.)/JAREÑO LEAL (coord.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, 2010, p. 171 indica que el concepto de “madurez” es etéreo e indeterminado necesitado de valoraciones concretas según las circunstancias de cada caso, del desarrollo intelectual y volitivo del menor y la complejidad del acto en cuestión; la misma, «Régimen del menor de catorce años», pp. 75 y 80.

⁹¹ Véase expresamente RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª ed., 2007, p. 297.

desenvuelve⁹².

Una vez que se han establecido, con carácter general, los aspectos determinantes para considerar eficaz el consentimiento del menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico penal, seguidamente desarrollaremos la cuestión relativa a la eficacia particular del consentimiento del menor de edad en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal realizados en el marco de las TIC y, en su caso, la oportunidad y la necesidad de establecer determinados límites a la validez de dicho consentimiento.

4. La eficacia del consentimiento del menor de edad en relación con la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio

Con carácter previo, antes de tratar en el ámbito penal la eficacia del consentimiento del menor de edad en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal realizados en el marco de las TIC, debemos exponer brevemente lo que se establece en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico acerca de la validez del consentimiento del menor en relación con el ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de cuya titularidad gozan los menores de edad según el artículo 4.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. En el ámbito civil en el artículo 2.1 de la LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se declara que la protección civil de dichos derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, y en el artículo 3.1 de la mencionada LO se establece que *«el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»*⁹³. No obstante, se puede constatar una importante matización a la validez del consentimiento prestado por un menor de edad, porque el artículo 4.3 de la LO 1/1996 considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, *«cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales»*. Como se puede apreciar, se limita la validez del consentimiento prestado por un menor de edad o sus representantes legales cuando la utilización de la imagen del menor implique un menoscabo de su honra o reputación, o cuando sea contraria a sus intereses, porque prima siempre *«el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir»*, tal y como se prevé en el artículo 4.3 de la LO 1/1996. En una situación jurídica determinada en la que se afecte un derecho del menor, decidir de acuerdo con el interés superior del menor supone inclinarse por una opción concreta entre varias posibles en el ejercicio del mencionado derecho, porque se estima más

⁹² Véase expresamente RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2^a ed., 2007, p. 298.

⁹³ Si no es así, el apartado 2 de dicho precepto dispone que *«el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal»*. Nuestro legislador no ha optado por un límite de edad para concretar el concepto de madurez.

valiosa en el caso, persona y situación precisa, no tanto (o no siempre) en una escala axiológico-social universal o general, cuanto en lo que afecta actual y vitalmente a ese menor, de manera que se elige la opción más beneficiosa o menor perjudicial para el menor en esa situación y momento⁹⁴. El principio de la primacía del interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor, a la supremacía de todo aquello que le beneficie en orden a su desarrollo físico, ético y cultural⁹⁵.

Por otra parte, el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal dispone sobre el consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad que «1. *Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.* 2. *En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.* 3. *Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.* 4. *Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales».* De la regulación del consentimiento en este ámbito caben destacar dos notas: 1) en primer lugar, se distingue entre los datos de mayores y menores de catorce años, de manera que se fija en catorce años la edad para entender que el menor puede prestar válidamente y por sí solo su consentimiento. 2) En segundo lugar, la información dirigida a los menores deberá expresarse en un lenguaje fácilmente comprensible por aquéllos, por lo que se pone de relieve la importancia de adaptar la protección de los datos a las características generales que presentan los menores de edad⁹⁶.

Podemos afirmar, con carácter general, que la adopción de las limitaciones expuestas sobre el reconocimiento de la validez del consentimiento del menor se justifica plenamente por los riesgos que en una situación concreta puede conllevar su ejercicio. Dichos riesgos que pueden afectar al

⁹⁴ Véase RIVERO HERNÁNDEZ *El interés del menor*, 2ª ed., 2007, p. 142. Sobre la determinación del interés del menor, véase el mismo, ob. cit., pp. 146 y ss.; pp. 296 y ss.

⁹⁵ Véase ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, t. I, 1997, p. 24. También MORILLAS FERNÁNDEZ, «La protección jurídica del menor ante las redes sociales», en BOIX REIG (dir.), MORILLAS FERNÁNDEZ/QUESADA PÁEZ (coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, pp. 373 y 374.

⁹⁶ Véanse PIÑAR MAÑAS, «Estudio introductorio. El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de datos», en PIÑAR MAÑAS/CANALES GIL, *Legislación de protección de datos*, 2008, p. 68; ZABÍA DE LA MATA, *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*, 2008, pp. 187 y ss.

desarrollo de la vida futura del menor de edad, esto es, al libre desarrollo de su personalidad, determinan la protección del menor⁹⁷ debiendo primar el interés superior del menor incluso aunque haya existido un consentimiento del propio menor de edad o de sus representantes legales. La pregunta que cabe plantear es si resulta oportuno y necesario establecer también determinados límites al reconocimiento de la validez del consentimiento del menor de edad, en los delitos contra la intimidad y la propia imagen contemplados en el artículo 197 del Código penal realizados en el marco de las TIC, por los riesgos objetivos contrastados que existen en el ciberespacio⁹⁸. Para responder a esta pregunta es imprescindible partir del análisis de los aspectos que acabamos de enumerar para determinar la capacidad natural de juicio del menor de edad que decide involucrar el bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio.

1) En primer lugar, como la capacidad para consentir está vinculada directamente con la titularidad del bien jurídico de que se trate, es necesario atender a la naturaleza del bien jurídico sobre el que el menor de edad está ejerciendo la disposición y a las consecuencias que en un futuro dicha disposición conlleve para éste⁹⁹.

Como se ha apuntado anteriormente, el bien jurídico intimidad personal y familiar entendido, por un lado, como el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad y, por otro lado, entendido como un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, cumple una importante función social dada su directa vinculación con la persona en sus relaciones sociales – familiares, amistosas, laborales, etc. – específicas con otras personas. En dichas relaciones sociales, este bien jurídico se encuentra involucrado *de un modo consustancial* en unas actividades sociales valoradas positivamente por la utilidad general que reporta al posibilitar el desarrollo y fomento de la personalidad de los seres humanos que conviven en sociedad. Cuando se desarrollan determinadas actividades sociales – familiares, amistosas, laborales, etc. – en ocasiones es absolutamente necesario afectar el bien jurídico intimidad personal y familiar al transmitir a o al compartir con otra persona una información o cualquier efecto personal o íntimo. La valoración positiva de la afección del bien jurídico recae en la utilidad social que con carácter general produce este tipo de actividades, y que se centra en las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad de los individuos que se desenvuelven en la sociedad en contextos laborales, de amistad, familiares, etc., de modo que el individuo ostenta un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia. Dicho control se tiene que ejercer sobre la salida de la información personal o familiar y sobre el devenir de la misma especialmente en determinados contextos en los que se puede encontrar involucrada la intimidad. Por este motivo, estamos ante acciones socialmente adecuadas y la afección consustancial del bien jurídico no supone ningún menoscabo penalmente relevante. Desde luego quien transmite o comparte dicha información o efecto personal o íntimo en el contexto de estas actividades sociales en el ámbito familiar, laboral, de amistad, etc., es el primer interesado en alcanzar el adecuado

⁹⁷ Véase MORILLAS FERNÁNDEZ, en BOIX REIG (dir.), MORILLAS FERNÁNDEZ/QUESADA PÁEZ (coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, p. 378.

⁹⁸ Sobre estos riesgos véase el epígrafe 1. *Introducción*.

⁹⁹ Como se ha indicado *supra*.

desarrollo y fomento de su personalidad, por lo que se requiere que ponga a disposición de las indicadas actividades el bien jurídico aludido y que acepte voluntariamente su afección consustancial al logro de dicha utilidad social general, de manera que la presencia del consentimiento sobre la disponibilidad de la mencionada información supone el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia. Sin embargo, si no concurre el consentimiento del interesado el comportamiento deja de ser socialmente adecuado, porque el bien jurídico intimidad personal y familiar no puede cumplir la aludida función social valorada positivamente. En estas actividades sociales – familiares, amistosas, laborales, etc. – en las que se involucra necesariamente el bien jurídico intimidad personal y familiar, el carácter socialmente adecuado de las mismas se decide por las razones extrasistemáticas expuestas, basadas en la ponderación entre el valor e interés de la utilidad social que produce la actividad y el desvalor de los riesgos de la misma, y la presencia del consentimiento del portador del bien jurídico se requiere para que el mencionado bien jurídico cumpla con su función social¹⁰⁰. Si se involucra el bien jurídico intimidad personal y familiar en contextos laborales, de amistad, familiares, etc., debemos tener en cuenta las condiciones del medio en el que se produce dicha involucración, por lo que tendremos que centrarnos en las peculiaridades que presentan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, puesto que constituyen hoy en día uno de los principales escenarios en el que se desenvuelve el bien jurídico mencionado.

Ha indicado con acierto MIRÓ LLINARES que el ciberespacio aparece como un ámbito comunicativo vasto e intenso, sin barreras ni dimensiones, en el que el contacto depende de las voluntades de interacción entre sujetos y en el que la víctima cobra un protagonismo esencial en su protección o en su victimización¹⁰¹. Desde mi punto de vista y con carácter general, un menor de edad se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad en el ciberespacio frente a los ataques contra el bien jurídico intimidad personal y familiar por tres motivos. Por un lado, los menores de edad presentan más problemas para comprender la trascendencia de una decisión que excluya la reserva frente a la acción y el conocimiento de un tercero concreto, lo que conduce a que incorporen determinados bienes y esferas de su personalidad al ciberespacio sin valorar realmente las consecuencias y los peligros del medio apuntado por su inmadurez¹⁰². Por otro lado, la vulnerabilidad del menor se acrecienta por la facilidad de crear y recrear datos e imágenes a través de *internet* y por la rapidez en su difusión a cualquier parte del mundo, de manera que el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona desaparece absolutamente¹⁰³. Esta falta de control restringe muy considerablemente una respuesta defensiva adecuada por parte del menor, de manera que se reduce su capacidad de autoprotgerse mediante sistemas digitales. Aunque los menores de edad cuenten con medios tecnológicos suficientes para obtener, captar, reproducir y disponer de fotografías, vídeos, etc. propios o

¹⁰⁰ Véase *supra*.

¹⁰¹ Véase MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, pp. 191, 192 y 193. El citado autor estima que tanto el sujeto activo que comete un ilícito como la víctima definen igualmente el ámbito de riesgo.

¹⁰² Véase AGUSTINA, *RCPC*, 2010, p. 15 quien considera que en líneas generales los niños y los adolescentes deben estar más protegidos en términos de privacidad debido a su inmadurez. De forma similar VÁZQUEZ DE CASTRO, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29., mayo-agosto 2012, p. 53.

¹⁰³ Véase AGUSTINA, *RCPC*, 2010, pp. 6 y 7.

incluso también de terceros, y aunque puedan tener conocimiento sobre diversas herramientas que impiden el acceso de terceras personas a dichas imágenes ubicadas en el ciberespacio —en redes sociales, en páginas web—, la imposibilidad de establecer órganos o instituciones de control de la información que circula por el ciberespacio conduce a exponer a los menores de edad a unos riesgos sobre su intimidad personal y familiar en el ámbito de utilización las TIC, que va en contra de sus intereses, objeto de una protección especial al ser menores de edad. En relación con una persona adulta dichos riesgos también existen, pero la intimidad personal y familiar de un mayor de edad no es objeto de una protección reforzada. El Código penal ya ofrece un mecanismo de protección adecuado¹⁰⁴, aunque puede justificarse la ampliación de dicha protección mediante la tipificación como delito de conductas consistentes en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones producidas en un ámbito personal sin el consentimiento de la persona afectada, tal y como se recoge en el Anteproyecto de reforma del Código penal aprobado el pasado mes de octubre de 2012 por el Consejo de Ministros, adaptando la regulación penal a una forma de lesionar la intimidad personal y familiar de una persona directamente vinculada con el avance de las TIC. Finalmente, la vulnerabilidad del menor es también superior porque se encuentra más indefenso frente a un agresor adulto o menor de edad que se esconde detrás del anonimato o de identidades falsas¹⁰⁵. El menor de edad no tiene tantas posibilidades como un adulto para decidir cómo debe comportarse en contextos y ante comportamientos que no forman parte del desarrollo de la experiencia ordinaria propia de su edad, de modo que en la gestión del propio comportamiento el menor es más inseguro, más impulsivo, más irreflexivo y actúa con mayores posibilidades de error¹⁰⁶. En suma, la vulnerabilidad del menor de edad en el ciberespacio exige un reforzamiento en su protección penal frente a los ataques a su intimidad personal y familiar.

Por otra parte, a la hora de valorar las consecuencias que en un futuro la disposición del bien jurídico intimidad personal y familiar conlleve para el menor de edad, es imprescindible poner de relieve que un amplio reconocimiento de la capacidad natural de juicio a un menor de edad para considerar relevante su consentimiento sobre la disponibilidad de su intimidad personal y familiar, contrasta con la existencia de una agravación en los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen cuando «*la víctima fuere un menor de edad o un incapaz*». Por *menor de edad* hay que entender al menor de dieciocho años, esté o no emancipado, según la legislación civil¹⁰⁷. Con esta exigencia se atiende, según MORALES PRATS, a la condición desvalida y vulnerable de la víctima, en consonancia con las recomendaciones doctrinales efectuadas con respecto a la necesidad de redoblar la tutela de la intimidad de los menores e incapaces, frente a

¹⁰⁴ Sobre las características más sobresalientes de la regulación penal de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código penal de 1995, véase la obra de RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, 2004, pp. 23 y 24.

¹⁰⁵ Véase, con carácter general, AGUSTINA SANLLEHÍ, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual», *International e-Journal of Criminal Science*, Artículo 4, núm. 3, 2009, p. 16.

¹⁰⁶ Véase así expresamente GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, p. 138.

¹⁰⁷ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 301, p. 795.

los sofisticados medios de control e instrumentalización del individuo que proporciona la sociedad tecnológica¹⁰⁸. Ello supone que el fundamento de esta agravación radica en un mayor contenido de injusto. No obstante, ROMEO CASABONA considera que la razón político criminal de esta agravación no está muy clara, ni parece muy justificada y estima que si la vulnerabilidad se refiere a la circunstancia de que los titulares de los datos son personas especialmente vulnerables frente a la utilización abusiva de los mismos, no se alcanza a ver que esa sea una característica específica de la intimidad y de los datos reservados no compartida con la mayor parte de los delitos, en concreto en los que no figura una agravación semejante. A juicio de este autor, hubiera sido suficiente para hacer frente a esa mayor vulnerabilidad la agravación prevista cuando en relación con el menor o el incapaz los datos afectan a su religión, a su salud o a su origen racial¹⁰⁹. Desde mi punto de vista, sin embargo, la mayor vulnerabilidad del menor de edad o del incapaz no se explica por la indefensión en la que se puedan encontrar determinados objetos materiales del delito que contengan una información en los que, objetivamente, se manifieste la pretensión de valor del bien jurídico protegido. Por el contrario, el criterio rector de la aludida agravación reside en las características personales del sujeto pasivo —el menor de edad— y que se basa en el principio relativo al interés preponderante del menor, ya que se trata de evitar el mayor perjuicio que la lesión del bien jurídico intimidad personal y familiar pueda representar para el desarrollo de la vida futura del menor, es decir, el libre desarrollo de su personalidad¹¹⁰. Dicho principio debe inspirar también el tratamiento del consentimiento del menor de edad sobre la disponibilidad de su intimidad personal y familiar, porque la afección al libre desarrollo de la personalidad del menor se ve aún más gravemente comprometida cuando el escenario en el que se involucra el bien jurídico intimidad personal y familiar es el ciberespacio. Hoy en día los menores acceden de forma muy fácil y continua al ciberespacio a través de ordenadores ubicados en sus domicilios o en el de sus amistades, en el colegio, en los teléfonos móviles, etc. con escasos impedimentos para relacionarse académicamente o socialmente¹¹¹, de modo que bienes jurídicos tales como la intimidad personal y familiar se involucran en el ciberespacio a través de las TIC para permitir su desarrollo en las modernas sociedades. Las características de este escenario agravan cualquier lesión del bien jurídico aludido por los siguientes factores. Por un lado, por las dimensiones colosales del número de usuarios, las frecuencias de acceso y uso por parte de los

¹⁰⁸ Véase MORALES PRATS, *Comentarios al Código Penal Español*, 6^a ed., 2011, p. 1315. Véanse, asimismo, JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 577; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español, Parte Especial* 2004, p. 353; LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, 1998, pp. 221 y 222; CORCOY BIDASOLO, en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 315. Véase además, con carácter general para todos aquellos delitos que contemplan a un menor de edad como sujeto penalmente protegido GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, pp. 118, 128, 130 y 131.

¹⁰⁹ Véase ROMEO CASABONA, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 300, p. 794.

¹¹⁰ Véase CORCOY BIDASOLO, en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 315.

Sobre la primacía del interés de menor como principio contemplado en el artículo 2 de la Ley 1/1996, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, en BOIX REIG (dir.), MORILLAS FERNÁNDEZ/QUESADA PÁEZ (coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, pp. 373 y 374.

¹¹¹ Véanse HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 445 resalta también la facilidad del menor de edad para acceder a internet; MORILLAS FERNÁNDEZ, en BOIX REIG (dir.), MORILLAS FERNÁNDEZ/QUESADA PÁEZ (coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, 2010, p. 377.

mismos que refleja el carácter asequible del ciberespacio, así como la libre circulación y navegación, tanto para emitir, transferir y difundir información como para acceder a ella por medio de la red, de forma anónima y cómoda¹¹². Como se ha comentado anteriormente el control sobre la publicidad de la información relativa a la persona desaparece absolutamente en este contexto, sin que sea posible establecer órganos o instituciones de control de la información que circula por el ciberespacio¹¹³. Esta falta de control produce una la lesión del bien jurídico intimidad personal y familiar porque el ciberespacio multiplica exponencialmente las posibilidades de emisión, transferencia y difusión de la información de forma extraordinariamente rápida a cualquier parte del mundo. Una vez que se ha puesto en circulación una imagen o una grabación a través del ciberespacio es prácticamente imposible frenar su acceso y difusión. Resulta más grave, entonces, la lesión del bien jurídico indicado si se utilizan las TIC, ya que el menoscabo de la intimidad personal tiene mayor permanencia en el tiempo y llega a todo el mundo, por lo que su dañosidad es más intensa¹¹⁴. La vulnerabilidad del menor de edad en este contexto tiene un carácter objetivo y debe estimarse que concurre en todos los menores de edad. Ello implica que el reconocimiento de la capacidad natural de juicio a un menor de edad para considerar relevante su consentimiento sobre la disponibilidad de dicho bien jurídico tiene que limitarse necesariamente, porque la afección al libre desarrollo de la personalidad del menor se ve aún más gravemente comprometida cuando el escenario en el que se involucra el bien jurídico intimidad personal y familiar es el ciberespacio. De este modo el Derecho penal brindaría una protección penal reforzada y adicional a los menores de edad frente a los ataques a su intimidad personal y familiar en el ciberespacio, que se basa también en el interés preponderante del menor y cuyo fin radica en evitar el mayor perjuicio que la lesión del bien jurídico intimidad personal y familiar pueda representar para el desarrollo de la vida futura del menor, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

2) En segundo lugar, también se ha expuesto que las exigencias para estimar que la capacidad de discernimiento concurre en un menor de edad serán mayores cuanto más graves sean las consecuencias de la misma¹¹⁵.

En este sentido, tampoco hay que desconocer que la decisión de un menor de edad de proporcionar a un tercero determinada información personal como, por ejemplo, su imagen en el ciberespacio, puede facilitar la comisión de otros ilícitos penales que puede suponer la primera

¹¹² Véanse expresamente ROMEO CASABONA, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en AAVV, *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, 2006, p. 3 y LIVINGSTONE/MILLWOOD, «Harmful to Children. Drawing Conclusions from Empirical Research on Media Effects», p. 26.

¹¹³ Véanse ROMEO CASABONA, en AAVV, *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, 2006, p. 3; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/RAMÓN FERNÁNDEZ, «El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 20, 2009-2, p. 31.

¹¹⁴ MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, p. 124 apunta también que el catálogo de comportamientos criminales en la Red que pueden afectar a las esferas más personales del individuo aumenta cuantitativamente y, en lo cualitativo, su dañosidad es significativamente superior.

¹¹⁵ Véase *supra*.

fase de una posterior victimización con graves consecuencias sobre el menor¹¹⁶. Conductas como la entrega consentida de la imagen desnuda, semidesnuda o con posturas eróticas con intención de formar parte de algún mensaje de tipo sexual provocador de un menor de edad a terceros a través del ciberespacio, por ejemplo, pueden estar vinculadas con la realización de otros ilícitos penales, como los contemplados en el número 1 del artículo 189 del Código penal relativos a la pornografía infantil. En el número 1, a) del precepto indicado se castiga la captación o la utilización de un menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos o privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte. En el número 1, b) del artículo 189 se penaliza al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado a menores de edad, o lo poseyere para estos fines. Cuando un sujeto actúe con la finalidad exigida en cada comportamiento se constata el ataque a la indemnidad sexual de la personalidad del menor centrada en la instrumentalización sexual de dicho menor por parte de dicho sujeto. Por otra parte, si nos encontramos a un menor que se fotografía o filma a sí mismo realizando un acto sexual provocador y luego difunde el material por el ciberespacio, esta conducta hay que considerarla impune porque autor y víctima coinciden en la misma persona, al ser la indemnidad sexual de la personalidad o, si se prefiere, la personalidad sexual de los menores de edad el bien jurídico individual que resulta afectado¹¹⁷. Ahora bien puede ser material pornográfico susceptible de tráfico delictivo desde el momento en que se ponga a disposición de terceros por parte de otro que no sea el propio menor afectado y este comportamiento se castiga en el art. 189.1, b) del Código penal¹¹⁸.

La pornografía infantil no constituye una lacra social que haya emergido por la generalización del uso de redes telemáticas, si bien es cierto que dicha generalización le ha propiciado un auge

¹¹⁶ Véanse HORTAL IBARRA, en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 445; MIRÓ LLINARES, *RECPC*, 2011, pp. 28 y 29; AGUSTINA, *RECPC*, 2010, pp. 6 y 26.

¹¹⁷ Sobre este bien jurídico, véase, BOLDOVA PASAMAR, «Art. 189», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, 2004, marginal núm. 5 y ss., pp. 524 y ss.

¹¹⁸ AGUSTINA propone una reforma del artículo 189 del Código penal y plantea introducir como delito el siguiente comportamiento: «El menor de edad que, sin mediar fuerza o intimidación, produjere imágenes pornográficas de sí mismo o de otro menor con el que mantuviere una relación de intimidad compartida, y le diere difusión a terceros. Del mismo modo, serán criminalmente responsables quienes, aun sin haber participado en modo alguno en su producción, transmitieren o recibieren dichas imágenes. En todo caso, los menores serán responsables de acuerdo con la ley penal del menor»; véase AGUSTINA, *RECPC*, 2010, p. 40. Desde mi punto de vista, si el bien jurídico afectado es la indemnidad sexual de la personalidad o, si se prefiere, la personalidad sexual de los menores de edad, con los comportamientos consistentes en producir imágenes pornográficas de sí mismos o de otros menores con los que mantengan una relación de intimidad compartida y darles difusión a terceros, no se lesiona dicho bien jurídico, salvo que se trate de material pornográfico susceptible de tráfico delictivo desde el momento en que se ponga a disposición de terceros por parte de otro que no sea el propio menor afectado. Por el contrario, con tales comportamientos se lesiona más bien la intimidad personal y familiar y resulta más adecuado desvalorar la lesión de dicho bien jurídico mediante el nuevo delito contemplado en el Anteproyecto de reforma del Código penal, aprobado el pasado mes de octubre de 2012 por el Consejo de Ministros, en el artículo 197 que establece que: «4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona».

sobresaliente por la universalidad del medio y su aptitud para relacionar a millones de internautas de todo el mundo, la rapidez en el acceso y trasvase de la información, el anonimato para los usuarios e implicados y sus bajos costes¹¹⁹. La fácil producción particular o independiente de usuarios y aficionados de esta clase de material pornográfico y su intercambio entre personas que comparten un interés sexual por menores de edad, se han visto particularmente favorecidos por la utilización de las TIC dando lugar a un fenómeno de enormes proporciones materiales que ha conducido a los Estados a implantar diversos instrumentos normativos para intentar frenarlo y combatirlo legalmente¹²⁰. Todos estos factores ponen de manifiesto el carácter criminógeno que puede tener la entrega a terceros a través del ciberespacio de imágenes en las que el menor de edad posa desnudo, semidesnudo o con posturas eróticas con intención de formar parte de algún mensaje de tipo sexual provocador de un menor de edad. Si tenemos presente la conexión entre este tipo de conductas favorecida por las condiciones que proporciona el ciberespacio, junto con las consecuencias negativas que tiene para el menor de edad su instrumentalización sexual por parte de terceros, la opción más beneficiosa o menos perjudicial para dicho menor reside en establecer una mayor limitación a su disponibilidad sobre el bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio.

La fenomenología criminal vinculada con las TIC no sólo ha repercutido en la aparición de nuevas modalidades de comisión de figuras delictivas clásicas o en la aparición de nuevos delitos, sino que conduce también a revisar la aplicación de ciertos elementos de la teoría jurídica del delito como sucede con la determinación de la capacidad natural de juicio del menor a la hora de reconocer eficacia a su consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta. El establecimiento de determinadas restricciones para los menores de edad sobre su disponibilidad en torno al bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio en aras del interés superior de dicho menor, obedece a una finalidad de protección motivada por la intensa dañosidad que comporta una lesión del aludido bien jurídico¹²¹. Tales restricciones se muestran, además, idóneas, necesarias y proporcionadas por los riesgos que presenta el ciberespacio en relación con los menores de edad: hostigamientos, chantajes, el *bulling*, la exposición y la posibilidad de aparecer en el radar de un depredador sexual peligroso, por ejemplo¹²².

A continuación sólo resta plantearnos si conviene fijar un determinado límite de edad en nuestro Código penal para definir *iuris et de iure* cuándo existe una capacidad de discernimiento y de comprensión. Un sector doctrinal absolutamente mayoritario estima que la pregunta relativa a cuándo existe una concreta capacidad de discernimiento y de comprensión es una cuestión de

¹¹⁹ Véase así expresamente BOLDOVA PASAMAR, «Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del Derecho penal», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, p. 382.

¹²⁰ Véase BOLDOVA PASAMAR, en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, p. 383. Sobre los diversos instrumentos normativos internacionales para la lucha contra la pornografía infantil, en particular en internet, véase el mismo, ob. cit., pp. 385 y ss.

¹²¹ Véase *supra*.

¹²² Véase AGUSTINA, *RECPC*, 2010, p. 7.

hecho y no depende de determinados límites de edad¹²³. Sin embargo, entre nosotros GONZÁLEZ RUS sin rechazar con carácter general la posibilidad de que los menores puedan consentir válidamente, ha propuesto que en todo caso debería exigirse, al menos, la edad de catorce años como edad mínima a partir de la que empezar a tomar en cuenta la posibilidad de consentimiento válido por parte del menor¹²⁴. Desde mi punto de vista, resulta apropiado fijar *ex lege* una edad concreta para estimar que los menores de catorce años no poseen la suficiente madurez para comprender la trascendencia que tiene para su intimidad personal y familiar disponer del bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio, por los riesgos que entraña y por la dificultad de establecer controles adecuados en dicho ámbito. Por una parte, la vulnerabilidad del menor de edad justifica dicho establecimiento; y, por otra parte, el interés preponderante del menor, es decir, lograr el beneficio del menor constituye el fundamento que permite limitar la eficacia del consentimiento del menor en el ámbito del ciberespacio¹²⁵. Dicha limitación debe manifestarse de dos formas.

1) En primer lugar, como se ha indicado, mediante la fijación de la edad de catorce años en los delitos contra la intimidad y la propia imagen para determinar la eficacia de su consentimiento en torno a la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar. Por ello se propone introducir en nuestro Código penal un apartado nuevo al artículo 197 del siguiente tenor: «*En los delitos contra la intimidad y la propia imagen cometidos a través de cualquier tecnología de la información y de la comunicación, el consentimiento de un menor de edad tendrá relevancia cuando éste tenga más de catorce años*».

2) En segundo lugar, a partir de los catorce años la determinación de la capacidad natural de juicio del menor a la hora de reconocer eficacia a su consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, dependerá del grado individual de madurez del menor de edad para comprender el alcance y trascendencia de su decisión. En la determinación de dicha capacidad debe atenderse muy especialmente el interés superior del menor de edad y debería tener un carácter restrictivo.

Por último, la limitación de la eficacia del consentimiento de un menor de edad en torno a la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar en el ciberespacio, ¿impide que el menor de edad pueda ser portador del bien jurídico intimidad personal y familiar? A mi juicio no, si bien es cierto que la propuesta efectuada obliga a establecer más medios de control en los distintos ámbitos –entre los cuales se encuentra el ciberespacio– en los que la intimidad personal y familiar cumpla su función social con el fin de garantizar su ejercicio socialmente adecuado¹²⁶.

¹²³ Véase *supra*.

¹²⁴ Véase GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA (dir.)/SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, 2010, p. 135.

¹²⁵ Véase CORCOY BIDASOLO, en TORI TOLOSA (dir.), *Protección de menores en el Código penal*, 1999, p. 306.

¹²⁶ Véase la propuesta de medidas de control en el ciberespacio efectuada por MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, pp. 203 y ss.

5. Bibliografía

AGUSTINA (2010), «¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 12-11.

AGUSTINA SANLLEHI (2009), «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual», *International e-Journal of Criminal Science*, Artículo 4, núm. 3.

ALONSO PÉREZ (1997), «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, Tomo I.

ALZAGA VILLAAMIL (2008), *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, II, Derechos Fundamentales y Órganos del Estado*, 4^a ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

ALONSO DE ESCAMILLA (2011), en LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 6^a ed., Colex, Madrid.

ALONSO PÉREZ (2001), *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid.

ANARTE BORRALLO/DOVAL PAÍS (2010), en BOIX REIG (Dir.), *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I, La protección penal de los intereses jurídicos personales. (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Iustel, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER (1997), *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4^a ed., Akal, Madrid.

BAJO FERNÁNDEZ (1982), «Protección del honor y de la intimidad», en AAVV, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa.

BAYM (2010), «Social networks 2.0», en AAVV, *The Handbook of Internet Studies*, Burnet, Consalvo, Ess Eds., Wiley-Blackwell.

BOIX REIG (2010), *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I, La protección penal de los intereses jurídicos personales. (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Iustel, Madrid.

BOLDOVA PASAMAR (2004), « Art. 189», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia.

-EL MISMO (2010), «Pornografía infantil en la red: fundamento y límites de la intervención del Derecho penal», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (Eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Armaza Armaza (coord.), Comares, Granada.

BOYD/ELLISON (2007), «Social networks sites: definition, history, and scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication* (13), núm. 1.

BUSTOS RAMÍREZ (1993), «Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico», en AAVV, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC (1996), *Comentarios al Código penal de 1995, Volumen I, (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo blanch, Valencia.

-LOS MISMOS (2010), *Derecho penal, Parte Especial*, 3^a ed., Tirant lo blanch, Valencia.

CARMONA SALGADO (1996), «La intimidad como bien jurídico protegido», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVII, Edersa.

CARRASCO ANDRINO (2010), en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), MANJÓN-CABEZA/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *Derecho penal español, Parte Especial (I)*, Tirant lo blanch, Valencia.

CASTIÑEIRA PALOU (2011), SILVA SÁNCHEZ (Dir.), RAGUÉS I VALLÈS (Coord.), en *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 3^a ed., Atelier, Barcelona.

CEREZO MIR (1998), *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6^a ed., Tecnos, Madrid.

CORCOY BIDASOLO (1999), «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», en José Luis TORI TOLOSA (Dir.), *Protección de menores en el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

CUERDA RIEZU (2010), «El velo islámico y el derecho a la propia imagen», en BOIX REIG (Dir.), JAREÑO LEAL (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid.

DE LA GÁNDARA VALLEJO (1995), *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (1996), «Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *La Ley*.

DÍEZ RIPOLLÉS (1997), «Artículos 155-156», en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo blanch, Valencia.

ESPÍN (2010), en LÓPEZ GUERRA/ESPÍN/GARCÍA MORILLO/PÉREZ TREMP/SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 8^a ed., Tirant lo blanch, Valencia.

Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres, marzo de 2009.

Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles, noviembre de 2012.

GARCÍA GONZÁLEZ (2010), «Protección penal de la intimidad: el artículo 197.1º del Código penal», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, Tirant monografías, Valencia.

GARCÍA VITORIA (1983), *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la constitución de 1978*, Aranzadi.

GÓMEZ PAVÓN (1989), *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal-Iure, Madrid.

GÓMEZ TOMILLO (2010), «Art. 197», en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid.

GONZÁLEZ GUITIÁN (1986), «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», *Comentarios la legislación penal*, Tomo VII, Edersa, 1986.

GONZÁLEZ RUS (2004), en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2010), «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en MORILLAS CUEVA (Dir.), SUÁREZ LÓPEZ (Coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social*, (Estudio jurídico), Dykinson, Madrid.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ/RAMÓN FERNÁNDEZ (2009), «El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2009-2, núm. 20, p. 31.

HORTAL IBARRA (2012), «El nuevo delito de *on line child grooming* (art. 183 bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?», en AAVV, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid.

HUERTA TOCILDO/ ANDRÉS DOMÍNGUEZ (2002), «Intimidad e informática», *Revista de Derecho penal*, núm. 6.

JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1991; [*Derecho penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., traducida por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997].

JAREÑO LEAL (2009), «El derecho a la imagen como bien penal», en AAVV, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor*

Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 1053 y ss.

JAREÑO LEAL/DOVAL PAÍS (1999), «Revelación de datos personales, intimidad e informática. Comentario a la STS 234/1998 de 18 de febrero», *La Ley*.

JESCHECK/WEIGEND (2002), *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Trad. Olmedo Cardenete, 5^a ed., Comares, Granada.

Alberto JORGE BARREIRO (1996), «El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)», *La Ley*.

Agustín JORGE BARREIRO (1982), «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de política criminal*, núm. 16.

- EL MISMO (1997), en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.

LAMARCA PÉREZ (2011), *Derecho penal, Parte Especial*, 6^a ed., Colex, Madrid.

LENCKNER/ STERNBERG-LIEBEN (2010), en SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER et al., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28^a ed., Verlag C. H. Beck, München.

LIVINGSTONE/MILLWOOD (2006), «Harmful to Children. Drawing Conclusions from Empirical Research on Media Effects», *Regulation, Awareness, Empowerment. Young people and harmful media content in the digital age*, Carlsson Ed., 1^a ed., Nordicom, Göteborg University, p. 26.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1999), *El consentimiento en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/PÉREZ DEL VALLE (1997), en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid.

LOZANO MIRALLES (1998), en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen II*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.

LUZÓN PEÑA (2012), «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *Revista General de Derecho penal*, Iustel, núm. 18.

LLORIA GARCÍA (2010), «El secreto de las comunicaciones: su interpretación en el ámbito de los delitos cometidos a través de Internet», en BOIX REIG (Dir.), JAREÑO LEAL (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid.

MARCO MARCO (2010), «Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, Tirant monografías, Valencia.

MIR PUIG (2011), *Derecho penal, Parte General*, 9^a ed. a cargo de Gómez Martín, Editorial Reppertor, Barcelona.

MIRÓ LLINARES (2012), *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo.

- EL MISMO (2011), MIRÓ LLINARES, «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-07.

MORALES PRATS (2011), en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9^a ed., Aranzadi Thomson Reuters.

- EL MISMO (2011), *Comentarios al Código Penal Español*, 6^a ed., Aranzadi Thomson Reuters.

MORENO NAVARRETE (2010), «Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad», en BOIX REIG (Dir.), JAREÑO LEAL (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid.

MORILLAS FERNÁNDEZ (2008), «La protección jurídica del menor ante las redes sociales», en BOIX REIG (Dir.), MORILLAS FERNÁNDEZ/QUESADA PÁEZ (Coords.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid.

- EL MISMO (2010), «Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad», GARCÍA GARNICA (Dir.), JAREÑO LEAL (Coord.), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Aranzadi, Pamplona.

- EL MISMO (2010), «Régimen del menor de catorce años», en MORILLAS CUEVA (Dir.), SUÁREZ LÓPEZ (Coord.), *El menor como víctima y como victimario de la violencia social, (Estudio jurídico)*, Dykinson, Madrid.

MUÑOZ CONDE (2010), *Derecho penal, Parte Especial*, 18^a ed., Tirant lo blanch, Valencia.

NICOLÁS JIMÉNEZ (1996), *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma HumanoComares, Granada.

NIETO MARTÍN (2007), en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (Dir.), NIETO MARTÍN/PÉREZ CEPEDA (Coords.), *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO (2012), «La impunidad en la violación de las telecomunicaciones. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 534/2011, de 10 de junio (RJ 2011, 4671)», *Revista Derecho y*

Proceso Penal, núm. 28, Mayo-agosto 2012.

ORTS BERENGUER/ROIG TORRES (2001), *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo blanch.

PARDO FALCÓN (2008), en M. E. CASAS BAAMONDE/M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.)/M. PÉREZ MANZANO/I. BORRAJO INIESTA (coords.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid.

PAREDES CASTAÑÓN (2002), en D. M. LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada.

PÉREZ MARTÍNEZ/ORTIGOSA BLANCH (2010), «Una aproximación al cyberbullying», en GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, Tirant monografías, Valencia.

PIÑAR MAÑAS (2008), «Estudio introductorio. El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de datos», PIÑAR MAÑAS/CANALES GIL, *Legislación de protección de datos*, Iustel.

PUENTE ALBA (2007), «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore*, núm. 21.

QUERALT JIMÉNEZ (2010), *Derecho penal español, Parte Especial*, 6^a ed., Atelier, Barcelona.

RAMÓN RIBAS (2012), «Mayoría y minoría de edad sexual en el Código penal», *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 28, mayo-agosto 2012.

RIBAGORNA GARNACHO (1996), «Seguridad de las tecnologías de la información», *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Consejo General del Poder Judicial.

RIVERO HERNÁNDEZ (2007), *El interés del menor*, 2^a ed., Dykinson, Madrid.

ROMEO CASABONA (2006), «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal», en *El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada.

- EL MISMO (2010), «Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (Eds.), ARMAZA ARMAZA (coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada.

- EL MISMO (2004), «Art. 197», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo blanch.

- EL MISMO (1981), *El médico y el Derecho penal, I, La actividad curativa. (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.

- EL MISMO (1987), ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la Información*, Fundesco, Madrid.

- EL MISMO (1993), «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», *Poder Judicial*, núm. 31.

ROXIN (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., C. H. Beck, München, 2006.

RUEDA MARTÍN (2010), «Los ataques contra los sistemas informáticos: conductas de hacking. Cuestiones político-criminales», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (Eds.), ARMAZA ARMAZA (coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada.

- LA MISMA (2001), *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M^a Bosch, Barcelona.

- LA MISMA (2004), *Protección penal de la intimidad personal e informática. (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal)*, Atelier, Barcelona.

SALOM CLOTET (2006), «Delito informático y su investigación», en VELASCO NÚÑEZ (Dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

SEGRELLES DE ARENAZA (2000), en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Compendio de Derecho penal español*, PE, Marcial Pons, Madrid.

SERRANO ALBERCA (2001), en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3^a ed., Civitas, Madrid.

SOLER PRESAS (2011), «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret, Derecho privado*, 3/2011.

TAMARIT SUMALLA (2011), en QUINTERO OLIVARES (Dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9^a ed., Aranzadi Thomson Reuters.

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA (2010), «Artículo 197», en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 1^a ed., Lex Nova, Valladolid.

VALEIJE ÁLVAREZ (2009), «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en AAVV, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta*

aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, Tirant lo blanch, Valencia.

VÁZQUEZ DE CASTRO (2012), «Protección de datos personales, redes sociales y menores», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Mayo-agosto 2012, núm. 29.

ZABÍA DE LA MATA (2008), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*, Editorial Lex Nova, Valladolid.